



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 8 ฉบับที่ 1

สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมคณะกรรมการที่จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นปีที่ 2 ฉบับ ซึ่งได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องจนก้าวเข้าสู่ปีที่ 8 แล้ว โดยฉบับนี้เป็นฉบับแรกของปี 2562 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ นับว่าเป็นวารสารด้านวิชาการที่มีคุณภาพ จนได้รับการยอมรับในระดับชาติ และสามารถรักษามาตรฐานจนผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) ให้เป็นวารสารกลุ่มที่ 1 อย่างต่อเนื่อง



สภามหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะกรรมการผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจกันปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ในการพัฒนาและยกระดับคุณภาพวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐาน อันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพนับถือ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดประทานพรให้คณะผู้บริหาร คณาจารย์ ศิษย์เก่า และศิษย์ปัจจุบันของคณะนิติศาสตร์ รวมทั้งคณะกรรมการผู้จัดทำวารสารประสบพบเจอแต่ความสุข ความเจริญ ปราศจากความทุกข์กายทุกข์ใจและภัยทั้งปวง ประสงค์สิ่งใดขอให้สมปรารถนาตามที่ตั้งหวังทุกประการ



(นายสงวน ตีเยไพบุลย์สิน)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยผู้ทรงคุณวุฒิ
อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหงขอชื่นชมคณะนิติศาสตร์ ที่มีความมุ่งมั่นในการรักษามาตรฐานของวารสารกฎหมาย ให้ได้รับการรับรองจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index Centre: TCI) ให้เป็นวารสารกลุ่มที่ 1 อย่างต่อเนื่อง ซึ่งถือเป็นความภาคภูมิใจและเป็นรางวัลแห่งความมุ่งมั่นและทุ่มเทแก่คณะนิติศาสตร์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหงทุกท่าน

โดยบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนี้ เป็นข้อมูลที่มีคุณค่าทางวิชาการ มีประโยชน์อย่างยิ่งแก่นักวิชาการ นักกฎหมาย นักศึกษา ตลอดจนผู้สนใจในองค์ความรู้ด้านกฎหมาย เพื่อให้ได้รับรู้ เผยแพร่ และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมาย อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติต่อไป

มหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ทุกท่านที่ได้ร่วมแรงร่วมใจกันรักษามาตรฐานและยกระดับคุณภาพวารสาร อันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการพัฒนางานการกฎหมายต่อไป



Handwritten signature in blue ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้จัดทำวารสารขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้คณาจารย์ นักวิชาการ นักวิจัย นักกฎหมายและนักศึกษา ได้มีโอกาสนำองค์ความรู้ ผลงานวิชาการ และผลงานวิจัยในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาที่เกี่ยวข้อง และขอแสดงความยินดีแก่คณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้รับชมมาตรฐานคุณภาพผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่มที่ 1 อย่างต่อเนื่อง อันแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นตั้งใจในการพัฒนาและยกระดับวารสารให้มีมาตรฐานมากขึ้นจนเป็นที่ยอมรับในระดับชาติ

ในโอกาสนี้ ข้าพเจ้าขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมถึงอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดจงดลบันดาลให้ทุกท่านพบเจอแต่สิ่งที่ดี สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บ และรอดพ้นจากภัยอันตรายทั้งปวง นึกหวังสิ่งใดขอให้สมความปรารถนาทุกประการ



(รองศาสตราจารย์ประโมทย์ จารุณิล)

รองอธิการบดีฝ่ายสิทธิประโยชน์ ปฏิบัติราชการแทน

รักษาราชการแทนคนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่านคะ จากจุดเริ่มต้นเล็กๆ ที่อยากเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขานิติศาสตร์ รวมทั้งคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มาอย่างต่อเนื่องจนก้าวเข้าสู่ปีที่ 8 แล้ว ในปี 2562 นี้ กองบรรณาธิการยังคงมุ่งมั่นในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถในการพัฒนาและยกระดับคุณภาพวารสารอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการเผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายต่อไป

ในการนี้ ดิฉันในนามของตัวแทนกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้เขียนบทความทุกท่านที่ได้สละเวลาอันทรงคุณค่าในการเขียนบทความเพื่อประโยชน์ต่อวงการกฎหมาย และที่สำคัญยิ่งต้องขอขอบพระคุณคณะทำงานทุกท่านที่ร่วมมือกันจนทำให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 สามารถจัดพิมพ์ออกสู่สายตาผู้อ่านจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ

บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
บทความวิชาการ	
“ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” นับอย่างไร?	1
กำชัย จงจักรพันธ์	
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ	33
ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์	
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของเทศบาลโดยสำนักงาน การตรวจเงินแผ่นดิน	61
สัญลักษณ์ ปัญวัฒนลิขิต	
ปาริณัฐ บริสุทธิ์ศรี	
Universal Jurisdiction: Friend or Foe of Criminal Justice System	81
Wanaporn Techagaisiyavanit	
The Impacts of BEPS on Intellectual Property Tax Planning: Case Study of “Double Irish” and “Dutch Sandwich”	107
Kittiya Prueksarungrueang	
Bitcoin Transactions: The New Frontier of Income Tax Evasion in Thailand	145
Tan Weng Chiang David	
บทความวิจัย	
มาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกและการรับให้อันเนื่องมาจากการ การได้สว่นป่าเศรษฐกิจมาโดยทางมรดกและการให้โดยเสน่หา	171
รติชัย รถทอง	
ปัญหาการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร	197
พัชรดา เอื้อวรรณกิจ	
ปัญหาการค้ำมนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย	237
ณัฐ สันตาสว่าง	

ความเชื่อมโยงระหว่าง “สิทธิชุมชน” กับ “ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” ภายใต้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม	273
---	-----

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: แนวคำพิพากษาศาลฎีกาใหม่กับอำนาจการสอบสวนความผิด ซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์ พร้อมพร พิษณุภักดีอนันต์	323
---	-----

“ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวัน
นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป”
นับอย่างไร?

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์

“ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศใน
ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” นับอย่างไร?

How to Calculate: After One Hundred and Twenty Days From
the Date of Publication in the Government Gazette

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์*
Professor Dr.Kumchai Jongjakapun

บทคัดย่อ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้ให้ความเห็นในปัญหาเกี่ยวกับวันเริ่มมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 21 เมษายน 2542 โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” ivaว่ากำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นเอง เพราะมิใช่เป็นเรื่องการคำนวณระยะเวลาตามบทบัญญัติว่าด้วยระยะเวลาในลักษณะ 5 บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ดังนั้น กำหนดระยะเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวันจึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 21 เมษายน 2542 ซึ่งพระราชบัญญัติลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันแรก

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Business Law (with Merit) University College London, University of London, UK., Ph.D. King's College London, University of London, UK. E-mail: kumchai555@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Thammasat University; LL.B. (Magna Cum Laude), Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Business Law (with Merit) University College London, UK. University of London, Ph.D. King's College London, University of London, UK.

วันที่รับบทความ (received) 4 มิถุนายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 30 มิถุนายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 3 กรกฎาคม 2561.

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ดังกล่าว แตกต่างจากความเห็นทางตำรา และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538 ที่ 5809/2539 และที่ 2086/2553 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องวันที่กฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับไว้โดยตรง ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า กำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับของกฎหมายที่มีระยะของเวลาหรือช่วงความยาวของเวลาเข้ามาเกี่ยวข้องดังเช่นที่ มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ บัญญัติไว้นี้จะไม่ใช่เรื่องการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ได้อย่างไร อีกทั้งถ้อยคำตาม มาตรา 2 ดังกล่าวก็ไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าได้กำหนดวิธีการนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษอย่างอื่น อันจะเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ตอนท้าย ยิ่งไปกว่านั้น ในข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งกล่าวว่า ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง 2 คำพิพากษาและขัดแย้งกันเอง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ดังกล่าวตรงกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 นั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 และที่ 70/2477 ไม่มีประเด็น เรื่องวันที่กฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับในชั้นฎีกา และยิ่งไปกว่านั้นถ้อยคำตามกฎหมายกระทรวงมหาดไทย ที่อ้างถึงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 ก็ไม่ตรงกับถ้อยคำตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ด้วย

ในทางปฏิบัติ บางครั้งมีผู้ใช้กฎหมายเข้าใจคลาดเคลื่อนโดยนำความเห็นของคณะกรรมการ กฤษฎีกา (คณะที่ 10) ไปใช้กับการนับระยะเวลาอื่นๆ ที่มีใช่เรื่องการมีผลใช้บังคับของกฎหมาย และบางครั้งผู้ร่างกฎหมายก็พยายามใช้ถ้อยคำเพื่อหลีกเลี่ยงผลตามการตีความความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) นี้ ซึ่งทำให้การตีความกฎหมายกลายเป็นมีความยุ่งยากมากขึ้น การยึดถือแนวทางในการตีความตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานทำให้การบังคับใช้ กฎหมายมีความแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกานั้นสอดคล้อง กับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายอยู่แล้ว ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ในเรื่องนี้จึงน่าจะได้รับการพิจารณาอีกครั้ง

Abstract

The Council of State (10th Law Committee) comments on an issue regarding the effective enforcement date for the Anti-Money Laundering Act, B.E. 2542, of which section 2 provides that this Act shall come into force after one hundred and twenty days from the date of its publication in the Government Gazette, that the effective enforcement date of the Act shall be as set forth in the act itself because it is not a matter of calculating periods of time according to the Civil and Commercial Code Title 5 book 1. Section 2 of the Act clearly states that it shall come into force after one hundred and twenty days from the date of its publication in the Government Gazette. Therefore the one hundred and twenty –day period must start on 21st April, the first date of its publication in the Government Gazette.

Opinion of the Council of State (10th Law Committee) thereof differs from treatises and the Supreme Court precedence, *i.e.* the Supreme Court cases no.5470/2538, no.5809/2539 and no.2086/2553, holding that the calculation of period of time on this matter shall be governed by the Civil and Commercial Code. Sections 193/1 and 193/3 of the Civil and Commercial Code provide that the calculation of all periods of time is governed by the provisions of this Title unless otherwise provided by law, court order, regulation or juristic act and when a period of time is measured in days, weeks, months or years, the first day of such period is not included in the calculation. Therefore, the one hundred and twenty–day period must start on 22nd April. The opinion of the Council of State (10th Law Committee) is contended that the words used in section 2 of the Act do not demonstrate a different method of calculation, and it is unclear why the calculation of the period of time concerning the effective enforcement date of an Act is not the calculation of the period of time prescribed in the Civil and Commercial Code section 193/1. Moreover the Note added by the Office of the Council of State saying that there are two conflicting Supreme Court judgments on this matter, *i.e.* the Supreme court cases no.70/2477 and no.5809/2539, and the opinion of the Council of State (10th Law Committee) is in conformity with the Supreme Court judgment case no.70/2477, is also argued. In these two cases, the issue regarding the effective

enforcement date was actually not raised before the Supreme Court. Furthermore, the words used in the Ministry of Interior Regulation referred to in the Supreme Court case no.70/2477 entirely differs from those used in Section 2 of the Anti-Money Laundering Act.

In practice, some of the government agencies have misinterpreted, followed this Council of State (the 10th Committee)'s opinion and used it as a guideline for calculating periods of time for all matters. Also, in drafting legislation, the legislators have tried to use different words or phrases to avoid the consequence as set by this opinion. As a result, interpreting the legislation becomes more difficult. It is submitted that following the precedent of the Supreme Court, that is already in accordance with the provisions and the spirit of the law, will make the interpretation and the enforcement of the law consistent and definite. Therefore, this article humbly suggests the Council of state revisit this issue.

คำสำคัญ: การนับระยะเวลา, วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ

Keywords: calculation of period of time, enforcement date of the act

1. ความนำ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 วางหลักว่า การนับระยะเวลาทั้งปวง ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบ ข้อบังคับ หรือนิติกรรม กำหนดเป็นอย่างอื่น คำว่า “บทบัญญัติแห่งลักษณะนี้” ก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 มาตรา 193/1-193/8 ดังนั้นโดยหลักทั่วไป การนับระยะเวลาหรือการคำนวณ ระยะเวลาจึงต้องใช้วิธีการนับระยะเวลาดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 มาตรา 193/1-193/8 บัญญัติไว้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 193/1 ตอนท้าย ซึ่ง ตีความกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสอดคล้องตรงกันว่า หลักทั่วไปดังกล่าวนี้ย่อมใช้บังคับ แก่การนับระยะเวลากการมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติทั้งหลายด้วย แต่อย่างไรก็ตามมีความเห็น ของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) และข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่อง เสรีครั้งที่ 290/2543 ว่า “...กำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่ กำหนดไว้ในกฎหมายนั่นเอง เพราะมิใช่เป็นเรื่องการคำนวณระยะเวลาตามบทบัญญัติว่าด้วย ระยะเวลาในลักษณะ 5 บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยว่า ความเห็นและข้อสังเกตดังกล่าวมีที่มาและเหตุผลอย่างไร เป็นการวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่หรือไม่ และมีข้อโต้แย้งได้หรือไม่อย่างไร อันเป็นที่มาของบทความนี้ โดยผู้เขียนจักได้หยิบยกประเด็นการนับ ระยะเวลาการมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) และข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นมาวิเคราะห์รวมทั้งเสนอความคิดเห็นของ ผู้เขียน เพื่อมีส่วนร่วมอันจะยังประโยชน์แก่การพัฒนาทางวิชาการกฎหมายต่อไป

2. เหตุผลและที่มาของกฎหมายระยะเวลา

“ระยะเวลา” หมายถึง ระยะเวลาหรือช่วงความยาวของเวลา (Periods of time) ซึ่ง อาจจะกำหนดเป็นชั่วโมง วัน สัปดาห์ เดือน หรือปีก็ได้² ระยะเวลาอาจถูกกำหนดไว้ในนิติกรรม

¹รายละเอียดโปรดดู หนังสือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขเสรีครั้งที่ 290/2543 เรื่องข้อหาหรือ วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2543 ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในสาระสำคัญต่อไป.

²ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 คำว่า “ระยะ” หมายถึง ช่วง, ตอน เช่น ระยะเวลา ระยะทาง (หน้า 981), คำว่า “ช่วง” หมายถึง ตอน เช่น ช่วงเช้า ช่วงบ่าย, ระยะ (ที่ต่อเนื่อง) เช่น ช่วงถนน ช่วงตึก (หน้า 361), คำว่า “ตอน” หมายถึง ส่วนหนึ่งๆ ที่แบ่งออกจากส่วนใหญ่ (ใช้แก่สิ่งที่มีความยาว) เช่น ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนที่ผ่านมาตอนเมืองรถติดมาก, ขอให้มาตอนเช้า (หน้า 469).

สัญญา เช่น กำหนดอายุสัญญาเช่า สัญญากู้ หรือถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายก็ได้ เช่น กำหนดอายุความที่กฎหมายแต่ละเรื่องบัญญัติไว้ กำหนดระยะเวลาที่กฎหมายแต่ละฉบับมีผลใช้บังคับ ฯลฯ ระยะเวลา นั้นโดยตัวของมันเองเป็นสิ่งที่แน่นอน เช่น 15 วัน 3 เดือน 1 ปี หกสิบวัน สามร้อยหกสิบวัน ฯลฯ แต่การนับหรือคำนวณนับระยะเวลานั้น บุคคลแต่ละคนอาจเข้าใจหรือมีวิธีการนับที่แตกต่างกันได้ เช่น ก. ทำสัญญาเช่ารถยนต์จาก ข. ในวันที่ 1 มกราคม 2561 ตกลงกำหนดเวลาเช่าไว้ 10 วัน นับแต่วันทำสัญญา บางคนอาจคำนวณแล้วเห็นว่าสัญญาเช่าสิ้นสุดลงในวันที่ 10 มกราคม ในขณะที่บางคนอาจเห็นว่าสัญญาเช่าสิ้นสุดลงในวันที่ 11 มกราคม หรือพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 1 มกราคม โดยมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป” บางคนอาจคำนวณแล้วเห็นว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับวันที่ 31 มกราคม ในขณะที่บางคนอาจเห็นว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับวันที่ 1 กุมภาพันธ์ เป็นต้น เหตุที่ผลแตกต่างกัน มิใช่เพราะแต่ละฝ่ายเข้าใจระยะเวลา 10 วัน หรือ 30 วันแตกต่างกัน แต่เป็นเพราะต่างฝ่ายต่างเข้าใจวิธีการนับหรือคำนวณนับต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าค่านับแต่วันทำสัญญาหรือนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป หมายถึง ให้ตั้งต้นนับหนึ่งตั้งแต่วันนั้นเลย ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าหมายถึงวันแรกไม่นับ ให้ตั้งต้นนับหนึ่งในวันถัดไป ปัญหาวิธีการนับระยะเวลาที่แตกต่างกันนี้ หากปล่อยไว้อย่างง่อกว้างก่อให้เกิดข้อโต้แย้งกันได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุดและคงมีคดีความขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก เพราะมีเรื่องที่ต้องนับระยะเวลากันมากมายในชีวิตประจำวัน ในทางธุรกิจการค้าหรือแม้แต่ในกฎหมายแต่ละฉบับเอง ดังนั้น เพื่อตัดปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงกำหนดให้การนับหรือคำนวณระยะเวลาทั้งปวงให้ใช้วิธีการนับระยะเวลาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 มาตรา 193/1-193/8 กำหนดไว้

3. หลักทั่วไปในการนับระยะเวลา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 บัญญัติว่า “การนับระยะเวลาทั้งปวงให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบ ข้อบังคับ หรือนิติกรรมกำหนดเป็นอย่างอื่น” เป็นบทบัญญัติหลักที่วางขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการนับระยะเวลา ซึ่งหมายความว่า วิธีการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ให้ใช้

ดังนั้นคำว่า “ระยะเวลา” จึงหมายถึง ช่วงเวลา ซึ่งต้องมีความยาวของเวลาช่วงใดช่วงหนึ่งหรือตอนใดตอนหนึ่งต่อเนื่องกันโดยช่วงหรือตอนที่ว่านี้อาจจะกำหนดเป็นชั่วโมง วัน สัปดาห์ เดือนหรือปีก็ได้.

บังคับแก่การนับระยะเวลาสำหรับการทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอง เช่น การนับอายุความ³ การนับระยะเวลาบอกล้างโมฆียกรรม⁴ การนับระยะเวลาที่เกี่ยวกับนิติเหตุ เช่น ละเมิด⁵ และการนับระยะเวลากฎหมายอื่น เช่น การนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายอาญา⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷

³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1871/2534 เล่มที่ 5 หน้า 93 “อายุความเป็นระยะเวลาอย่างหนึ่ง การนับอายุความจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 วรรคสอง (193/3 วรรคสอง) ประกอบด้วยมาตรา 159 วรรคสอง (193/4 วรรคสอง)...” (หมายเหตุ มาตราที่อ้างถึงในคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นมาตราเดิมก่อนปี 2535 เนื่องจากได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2535 ซึ่งมีผลให้ยกเลิกบทบัญญัติบรรพ 1 เดิมทั้งหมดและให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 ที่ได้ประกาศใช้ใหม่แทน จึงมีผลทำให้มาตราต่างๆ เปลี่ยนแปลงไป ในบทความนี้ผู้เขียนจึงได้เทียบมาตรานับบทบัญญัติบรรพ 1 ใหม่ไว้ด้วยเพื่อสะดวกในการทำความเข้าใจคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งตัดสินไว้ตามกฎหมายเดิม)

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6974/2549, หน้า 2313.

⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5852/2537, หน้า 1977.

⁵คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2085/2540, หน้า 508 “...จากบทบัญญัติของกฎหมาย (มาตรา 193/1 และมาตรา 193/3) เห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติการนับเวลาทั้งปวงไว้ มิได้ยกเว้นไม่ใช้กับนิติเหตุ...”

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3228/2543, หน้า 1333.

⁶คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 198-199/2508, หน้า 182 “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 21 วรรคสองนั้นได้บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในการคำนวณระยะเวลาจำคุกเท่านั้น ส่วนคดีนี้เป็นการนับเวลาที่จะร้องทุกข์หรือฟ้องคดีในความผิดต่อส่วนตัว เมื่อไม่มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องใช้กำหนดระยะเวลาดังที่ได้บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 (193/1)...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2550 เล่ม 5 หน้า 17 “กฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการกำหนดนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การนับระยะเวลาอายุความคดีอาญาจึงอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง ซึ่งกำหนดมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน จึงเริ่มนับอายุความในวันรุ่งขึ้น.”

⁷คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 409/2504, หน้า 358 “การนับระยะเวลาภายใน 8 วันซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177-178 บัญญัติไว้นั้นต้องนับตามวิธีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158-160 (193/3, 193/5, 193/7) บัญญัติไว้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5652/2540, หน้า 1861 “มาตรา 193/1 บัญญัติว่าการนับระยะเวลาทั้งปวงให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบข้อบังคับหรือนิติกรรมกำหนดเป็นอย่างอื่น... คำว่า “ลักษณะนี้” ในมาตรา 193/1 คือลักษณะ 5 ของบรรพ 1 ซึ่งว่าด้วยหลักทั่วไป จึงเห็นได้ว่ามิได้ใช้บังคับเฉพาะเรื่องนิติกรรมดังที่โจทก์ฎีกา แต่ใช้บังคับในกรณีนี้ด้วย แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 273 วรรคสาม จะได้บัญญัติว่า ระยะเวลาในคำบังคับให้เริ่มนับแต่วันที่ได้ส่งคำบังคับหรือข้อความท้ายคำบังคับที่ระบุให้จำเลยที่ 2 ปฏิบัติตามคำพิพากษาภายใน 7 วัน นับแต่วันได้รับคำบังคับ ก็ไม่อาจถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่จะต้องนับระยะเวลาในวันแรกรวมเข้าด้วย.”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน⁹ ประมวลรัษฎากร¹⁰ พระราชบัญญัติต่างๆ¹¹ ตลอดจนการนับระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต¹² การนับระยะเวลาดำเนินการ

⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8659/2548, หน้า 2330 “ศาลชั้นต้นอ่านคำพิพากษาให้จำเลยฟังในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2547 จำเลยต้องยื่นอุทธรณ์ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 198 วรรคหนึ่ง ซึ่งการนับระยะเวลาเริ่มต้นต้องนับวันรุ่งขึ้นเป็นวันแรกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง...ส่วนวันครบกำหนดยื่นอุทธรณ์นั้นต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/5...”

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2972 /2540, หน้า 922.

⁹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3026/2517, หน้า 2150 “คดีนี้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยขัดคำสั่งเจ้าพนักงานที่ดินโดยฝ่าฝืนไม่ส่งโฉนดภายในเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันควร ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 74, 109 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยได้รับหนังสือของเจ้าพนักงานที่ดินเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ให้จำเลยส่งโฉนดที่ดินภายในกำหนด 15 วัน การนับระยะเวลาในกรณีนี้ต้องนับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) ซึ่งห้ามมิให้วันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมคำนวณเข้าด้วย...”

¹⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2523, หน้า 2495 “เจ้าพนักงานประเมินของกรมสรรพากรจำเลยส่งหมายให้โจทก์วันที่ 16 กันยายน ให้นำบัญชีเอกสารหลักฐานมาแสดงในวันที่ 23 กันยายน ต้องเริ่มนับระยะเวลาดังตั้งแต่วันที่ 17 กันยายน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3)...”

¹¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 953/2543 จาก [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th.2560> (กันยายน, 2); “ตาม พระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พ.ศ.2475 มิได้กำหนดวิธีการนับระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้น การนับระยะเวลาดังต้องอาศัยวิธีการนับตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/3 วรรคสอง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2856/2525 หน้า 2049 “พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการนับระยะเวลาไว้โดยเฉพาะจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) มาใช้บังคับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2942/2545, หน้า 1078 “พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แม้เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายคุ้มครองการใช้แรงงานอย่างเป็นธรรมและมีบทบัญญัติในการคุ้มครองแรงงานไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด การนับระยะเวลาดำเนินการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้จึงต้องบังคับตาม ป.พ.พ. บรรพ 1 ลักษณะ 5 เรื่องระยะเวลา อันเป็นบทบัญญัติทั่วไป” และโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3044/2560 เล่ม 1 หน้า 116.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6328/2559 จาก [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th.2560> (กันยายน, 2); “พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษ การนับระยะเวลาดำเนินการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้จึงต้องบังคับตาม ป.พ.พ. บรรพ 1 ลักษณะ 5 เรื่องระยะเวลา อันเป็นบทบัญญัติทั่วไป...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8872/2550, หน้า 2193 “พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง หมายความว่า ข้อบัญญัติที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดตราขึ้นในกรณีทั่วไปต้องได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด และมีการประกาศข้อบัญญัตินั้นไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการขององค์การบริหารส่วนจังหวัด

ประกาศหรือระเบียบต่างๆ¹³ ฯลฯ ยกเว้นจะมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบ ข้อบังคับ หรือนิติกรรม กำหนดวิธีการนับระยะเวลาเป็นอย่างอื่น

แล้วจนครบกำหนด 15 วัน จึงจะมีผลใช้บังคับได้...ทั้งนี้ไม่ปรากฏบทบัญญัติอื่นใน พ.ร.บ.องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 กำหนดวิธีการนับวันเริ่มต้นแห่งระยะเวลาประกาศข้อบัญญัติในกรณีทั่วไปไว้ด้วย...จึงต้องคำนวณ ระยะเวลาการปิดประกาศตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/3 วรรคสอง โดยไม่นับวันแรกแห่งระยะเวลาที่ประกาศรวม เข้าด้วย เมื่อมีการประกาศ ณ วันที่ 16 เมษายน 2542 จึงเริ่มต้นนับหนึ่งตั้งแต่วันที่ 17 เมษายน 2542 ซึ่งจะครบ กำหนด 15 วัน ในวันที่ 1 พฤษภาคม 2542 และข้อบัญญัติที่ประกาศนั้นจะมีผลใช้บังคับได้ตั้งแต่วันถัดไปคือวันที่ 2 พฤษภาคม 2542.”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4222/2548, หน้า 2464 “ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย **พรรคการเมือง พ.ศ.2541** มาตรา 42 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ให้...กรรมการสาขาพรรคการเมือง มีหน้าที่ยื่นบัญชี แสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน...ต่อนายทะเบียนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่เข้าดำรงตำแหน่งและภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง จำเลยเป็นกรรมการบริหารสาขาพรรค ก. ได้ลาออกและถือว่าพ้นจาก ตำแหน่งเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2545 จำเลยต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน...ต่อนายทะเบียน ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง จำเลยจึงมีสิทธิที่จะยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินได้ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ 21 พฤษภาคม 2545 ถึงวันที่ 19 มิถุนายน 2545 ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/3 วรรคสอง.”

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2499, หน้า 1597 “ที่ใบอนุญาตกำหนดว่าให้มีอายุ 25 วัน นับแต่วัน **อนุญาตนั้น ไม่ใช่เป็นกฎหมายหรือกฎข้อบังคับที่กำหนดให้นับเป็นประการอื่น** เมื่อวันอนุญาตคือวันที่ 27 เมษายน 2498 การนับระยะเวลาจึงต้องเริ่มนับหนึ่งตั้งแต่วันที่ 28 เมษายน 2498 เป็นต้นไปตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3)”

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 235/2505 จาก [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th>. 2560 (กันยายน, 2).

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 588/2488 หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกาของเนติบัณฑิตยสภา หน้า 522; “**ประกาศของคณะกรรมการซึ่งให้แจ้งปริมาณและสถานที่เก็บเสื้อผ้าภายใน 3 วันนั้น ต้องเริ่มนับในวันรุ่งขึ้นตาม** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) หากเริ่มนับหนึ่งในวันออกประกาศไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1207/2542, หน้า 548; “**คำสั่งกรมสรรพากร** ที่ ท.ป. 37/2534 เรื่อง ระเบียบการงด หรือลดเบี้ยปรับภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 89 และภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/21 (6) แห่งประมวลรัษฎากร ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ท.ป. 45/2536 ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2536 ข้อ 2 ที่ให้เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจพิจารณาลดเบี้ยปรับลงได้โดยให้ลดลงคงเสียตามอัตราและเงื่อนไขเกี่ยวกับ ระยะเวลาที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีได้ชำระภาษีตามที่กำหนดในข้อ 2 (ก) (ข) และ (ค) นั้น ระยะเวลาดังกล่าวตาม ระเบียบนั้นมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษจึงต้องนับระยะเวลาไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/1”

นอกจากนี้ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2134/2499 จาก ประภาศน์ อวยชัย, **ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ภาค 1 มาตรา 1 ถึงมาตรา 193 พร้อมย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ.2466 ถึง ปัจจุบัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2528), หน้า 1500, จำเลยชุดดินปิดทางเกวียน

4. การเริ่มต้นนับระยะเวลา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 บัญญัติว่า “ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นหน่วยเวลาที่สั้นกว่าวัน ให้เริ่มต้นนับในขณะที่เริ่มการนั้น

ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นวัน สัปดาห์ เดือนหรือปี มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน เว้นแต่จะเริ่มการในวันนั้นเองตั้งแต่เวลาที่ถือได้ว่าเป็นเวลาเริ่มต้นทำการงานกันตามประเพณี”

หลักการนับระยะเวลาตามมาตรา 193/3 วรรคสอง ก็คือ การเริ่มต้นนับระยะเวลาที่กำหนดเป็นวัน สัปดาห์ เดือนหรือปี ห้ามมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วย ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยก็เนื่องจากเห็นว่าวันแรกแห่งระยะเวลาที่ตกลงกันหรือกำหนดไว้ว่าจะเริ่มต้นไม่ตรงกันเสมอไปทุกราย เนื่องจากวันหนึ่งๆ มีถึง 24 ชั่วโมง (0 นาฬิกา ถึง 24 นาฬิกา) การต่างๆ จึงอาจเริ่มต้นหรือเกิดขึ้นในเวลาใดก็ได้ หากจะให้เริ่มต้นนับในขณะที่เริ่มการนั้นก็จะมีปัญหาในวันสุดท้ายแห่งระยะเวลา เช่น ก. กู้เงิน ข. เมื่อวันที่ 1 มกราคม เวลา 13.35 นาฬิกา มีกำหนดชำระเงินกู้คืนภายใน 30 วัน ถ้าเริ่มต้นนับระยะเวลาในขณะที่ตกลงกันนั้น ก. ก็ต้องชำระเงินกู้ภายในวันที่ 31 มกราคม เวลา 13.35 นาฬิกา ซึ่งครบกำหนด 30 วันเต็ม ซึ่งจะเป็นปัญหายุ่งยากมากในการที่จะจดจำและคำนวณระยะเวลา แต่หากจะให้นับวันแรกเป็นหนึ่งวันเต็มเลย ก. ผู้กู้ก็จะเสียเปรียบเพราะต้องชำระเงินกู้คืนภายในวันที่ 30 มกราคม ซึ่งยังไม่ครบกำหนด 30 วันเต็ม ดังนั้น เพื่อตัดปัญหายุ่งยากและเพื่อให้ทุกคนมีวิธีการนับที่ตรงกัน มาตรา 193/3 วรรคสอง จึงห้ามมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยโดยกำหนดให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น กรณีตามตัวอย่างก็จะครบกำหนดชำระเงินกู้คืนในวันที่ 31 มกราคม ซึ่ง ก. จะนำเงินไปชำระในเวลาใดก็ได้ในวันนั้น แม้จะเลยเวลา 13.35 นาฬิกาไปแล้วก็ตาม เพราะในการคำนวณระยะเวลานั้นต้องคำนวณเป็นวันตามมาตรา 193/2¹⁴

สาธารณะสำหรับประชาชนใช้สัญจรไปมาโดยไม่มีอำนาจ ครั้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2497 นายฉลองปลัดอำเภอสั่งให้จำเลยจัดการรื้อถอนรั้วและคันทันที่ปิดทางเกวียนใน 3 วัน ศาลฎีกาเห็นว่า การนับเวลาต้องนับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) ซึ่งต้องไม่นับวันแรกรวมเข้าด้วย เมื่อเจ้าพนักงานไปจับจำเลยเสียแต่วันที่ 13 พฤษภาคม 2497 จึงเป็นการจับก่อนถึงกำหนด 1 วัน จะถือว่าจำเลยขัดคำสั่งไม่ได้.

¹⁴ มาตรา 193/2 บัญญัติว่า “การคำนวณระยะเวลาให้คำนวณเป็นวัน แต่ถ้ากำหนดเป็นหน่วยเวลาที่สั้นกว่าวันก็ให้คำนวณตามหน่วยเวลาที่กำหนดนั้น.”

5. ข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่กำหนดให้เริ่มต้นนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น

หลักทั่วไปที่กำหนดให้เริ่มต้นนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นตามที่มาตรา 193/3 วรรคสอง บัญญัติไว้ดังกล่าวมาข้างต้นไม่ใช่บังคับใน 2 กรณี คือ

1) กรณีตามมาตรา 193/3 วรรคสองตอนท้าย ที่ว่า “เว้นแต่จะเริ่มการในวันนั้นเองตั้งแต่เวลาที่ถือได้ว่าเป็นเวลาเริ่มต้นทำการงานกันตามประเพณี” ซึ่งเรื่องนี้ไม่มีประเด็นที่จำเป็นต้องพิเคราะห์ในบทความนี้¹⁵

2) กรณีตามมาตรา 193/1 ที่ว่า “การนับระยะเวลาทั้งปวงให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้...เว้นแต่จะมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบ ข้อบังคับ หรือนิติกรรมกำหนดเป็นอย่างอื่น”

6. ข้อยกเว้นในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดวิธีการนับระยะเวลาไว้โดยเฉพาะเป็นพิเศษแล้ว การนับระยะเวลาในกรณีนั้นๆ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายอื่นนั้นกำหนดไว้ จะนำหลักทั่วไปในเรื่องระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ถึง 193/8 ไปใช้บังคับไม่ได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 21 บัญญัติว่า “ในการคำนวณระยะเวลาจำคุก ให้นับวันเริ่มจำคุก รวมคำนวณเข้าด้วย...” ดังนี้ โทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลยจึงต้องเริ่มนับวันที่ตั้งแต่วันแรกที่เริ่มจำคุก จะนำหลักทั่วไปในมาตรา 193/3 วรรคสอง ที่ห้ามมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลารวมเข้าด้วย มาใช้บังคับไม่ได้ เหตุผลก็เพราะเรื่องจำคุกเป็นเรื่องเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะถูกจำคุกในเวลาใดของวัน ก็ควรให้นับวันดังกล่าวรวมคำนวณในระยะเวลาที่ต้องจำคุกด้วย ส่วนกฎหมายอื่นที่ใช้ถ้อยคำอันแสดงให้เห็นว่าไม่ประสงค์จะให้ใช้วิธีการคำนวณนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

¹⁵ ผู้สนใจศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมในเรื่องนี้โปรดดู กำชัย จงจักรพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 26-32.

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ.2479¹⁶ มาตรา 4 (1) บัญญัติว่า “วิธีนับอายุให้ถือพุทธศักราชที่เกิดเป็นเกณฑ์เสมอไป เกิดในพุทธศักราชใดให้นับหนึ่งปีบริบูรณ์จากพุทธศักราชนั้น...” ตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 691/2481¹⁷ จำเลยเกิด พ.ศ.2464 กรมการอำเภอประกาศให้ชายไทยมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ไปขึ้นทะเบียนทหารภายในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2480 แต่จำเลยไม่ไปขึ้นทะเบียน โจทก์จึงฟ้องให้ลงโทษ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การนับอายุตาม พ.ร.บ.รับราชการทหารนั้นมีบทบัญญัติเป็นพิเศษต่างหากจากหลักทั่วไป ท่านให้นับปีที่เกิดเป็นหนึ่งปีบริบูรณ์ คือต้องนับตาม มาตรา 4 (1) แห่ง พ.ร.บ.รับราชการทหาร ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าการนับ 1 จาก พ.ศ.โดยอ้อมจักต้องนับ พ.ศ.นั้นเป็นหนึ่งด้วย ไม่ใช่ให้นับหนึ่งต่อจากหรือถัดจาก พ.ศ.นั้น ... ปี พ.ศ.2480 ย่อมเป็นปีที่จำเลยมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ จำเลยจึงมีความผิดตามฟ้อง¹⁸

กฎ ก.พ. ฉบับที่ 21¹⁹ ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ว่าด้วยการทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ ข้อ 13 “การนับระยะเวลาทดลองปฏิบัติราชการเป็นเดือนตามกฎ ก.พ.นี้ ... ให้นับวันเข้าปฏิบัติหน้าที่ราชการวันแรกเป็นวันเริ่มต้น...” ตามกฎ ก.พ. นี้ การนับระยะเวลาทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ต้องนำหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ เพราะ กฎ ก.พ. กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้นับวันเข้าปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นวันเริ่มต้น จึงนับหนึ่งได้ทันทีที่เข้าปฏิบัติราชการ

ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง การนับระยะเวลาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2538 ข้อ 1 กำหนดว่า “การนับระยะเวลาของอายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 53 ให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือวันต่ออายุวันแรกที่ได้ต่อไว้ครั้งสุดท้ายแล้วแต่กรณี โดยให้

¹⁶ประกาศใน “พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ.2479,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 54 (12 เมษายน 2480): 83.

ตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ.2497 (ประกาศใน**ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 71 ตอนที่ 13 (16 กุมภาพันธ์ 2497): 195, มาตรา 4 (1) บัญญัติทำนองเดียวกันว่า “วิธีนับอายุ ถ้าเกิดพุทธศักราชใดให้ถือว่ามียายุครบหนึ่งปีบริบูรณ์เมื่อสิ้นพุทธศักราชที่เกิดนั้น ส่วนการนับอายุต่อไปให้นับแต่เฉพาะปีที่สิ้นพุทธศักราชแล้ว...”

¹⁷ธรรมสาร เล่ม 22 พ.ศ.2481, หน้า 900-904.

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 743-746/2481 จาก [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th>. 2560 (กันยายน, 2).

¹⁸ตามหลักทั่วไป การนับอายุ 17 ปีบริบูรณ์ย่อมต้องนับตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ซึ่งต้องพิจารณาวันและเดือนที่เกิดประกอบด้วย แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ.2479 มาตรา 4 (1) บัญญัติยกเว้นไว้ จึงต้องนับอายุ 17 ปีบริบูรณ์ตามที่ยกเว้นไว้โดยเฉพาะนี้.

¹⁹ประกาศใน “กฎ ก.พ. ฉบับที่ 21,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 116 ตอนที่ 19 ก (23 มีนาคม 2542): 5.

นับรวมวันที่จดทะเบียนหรือวันต่ออายุวันแรกเป็นวันที่หนึ่ง และให้สิ้นสุดลงในวันก่อนหน้าจะถึงวันแห่งปีอันเป็นวันตรงกับวันเริ่มนับระยะเวลานั้น...”

ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง การนับระยะเวลาตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ลงวันที่ 27 กันยายน 2542 ข้อ 2 กำหนดว่า “การนับระยะเวลาของอายุสิทธิบัตรการประดิษฐ์ สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ และอนุสิทธิบัตร ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 และ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2542 มาตรา 35 มาตรา 62 และ มาตรา 65 สัตต ให้เริ่มนับตั้งแต่วันขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร โดยให้นับรวมวันขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรเป็นวันที่หนึ่งและให้สิ้นสุดลงวันก่อนหน้าจะถึงวันแห่งปีอันเป็นวันตรงกับวันเริ่มนับระยะเวลานั้น...”

7. ปัญหาของคำว่า “นับแต่...”

มาตรา 193/3 วรรคสอง วางหลักให้การเริ่มต้นนับระยะเวลานั้นเริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นเพื่อให้ชัดเจนเป็นที่ยุติไม่ให้เกิดความสับสนอันจะนำไปสู่ปัญหาโต้แย้งและคดีความ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเนื่องจากระยะเวลาทั้งหลายที่มีการกำหนดกันไว้จะต้องมีจุดเริ่มต้นในการนับ ซึ่งส่วนใหญ่ใช้คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” หรือ “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง) เป็นต้นไป” ซึ่งถ้อยคำนี้อาจทำให้มีความเข้าใจไปได้ว่าเมื่อมีการใช้คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” แล้ว ก็ควรจะเริ่มตั้งต้นนับหนึ่งในวันที่ระบุไว้นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่ามีอยู่หลายมาตราที่บัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาไว้ โดยในบทมาตราดังๆ เหล่านั้นใช้คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” อาทิ

มาตรา 181 “โมฆียกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น”

มาตรา 467 “ในข้อรับผิดเพื่อการที่ทรัพย์สินขาดตกบกพร่องหรือล้าจำนวนนั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ส่งมอบ”

มาตรา 448 “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด...”

มาตรา 563 “คดีอันผู้ให้เช่าจะฟ้องผู้เช่าเกี่ยวแก่สัญญาเช่านั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหกเดือนนับแต่วันส่งคืนทรัพย์สินที่เช่า”

มาตรา 860 “เงินส่วนที่ผิดกันอยู่นั้นถ้ายังมิได้ชำระ ท่านให้คิดดอกเบี้ยนับแต่วันที่หักทอนบัญชีเสร็จเป็นต้นไป”

ปัญหาว่าบทบัญญัติมาตราต่างๆ ที่ใช้คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” เหล่านี้ เป็นกรณี ที่กฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการนับระยะเวลาเป็นประการอื่นแตกต่างจากหลักทั่วไปในเรื่อง ระยะเวลาหรือไม่ ในเรื่องนี้ตำรากฎหมายนิติกรรมสัญญาส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า²⁰ การนับ หรือคำนวณนับระยะเวลาตามบทมาตราซึ่งใช้คำว่า นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง) ต้องอยู่ในบังคับของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสองเช่นกัน กล่าวคือ วันที่เกิดเหตุการณ์ นั้นๆ ไม่นับเข้าในกำหนดระยะเวลาและต้องนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น²¹ โดยเห็นว่า ถ้อยคำที่ว่า นับแต่... (วันใดวันหนึ่ง) ตามที่บัญญัติไว้ไม่ชัดเจนพอให้แปลความได้ว่า บทบัญญัติมาตรานั้นๆ ประสงค์จะ กำหนดช้อยกเว้นการคำนวณนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษต่างหากจากหลักทั่วไปในเรื่องระยะเวลา โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 21 ที่บัญญัติไว้ว่า “... ให้เริ่มนับวันเริ่มจำคุกรวมคำนวณเข้าด้วย” (และถ้อยคำอันเป็นช้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น)

ในส่วนคำพิพากษาศาลฎีกานั้นก็ได้วินิจฉัยในแนวทางเดียวกับความเห็นทางตำรา อาทิ

²⁰ นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับความเห็นนี้ อาทิ ท่านอาจารย์พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) ท่านอาจารย์ ประกอบ หุตะสิงห์ ท่านอาจารย์พวงผกา บุญโสภณ และท่านอาจารย์ประสาน บุญโสภณ ท่านอาจารย์อัศววิทย์ สุมาวงศ์ ฯลฯ เป็นต้น

โปรดดู พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1- 240 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), หน้า 566-567; ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2521), หน้า 111; พวงผกา บุญโสภณ และประสาน บุญโสภณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 251; อัศววิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 200-202.

นอกจากนี้โปรดดูข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 (สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2534), หน้า 95-96.

²¹ อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์อนุมัติ ใจสมุทร เห็นว่าการคำนวณนับระยะเวลาตามมาตราเหล่านี้ ไม่สามารถ นำหลักทั่วไปมาใช้บังคับได้ ต้องเริ่มนับระยะเวลาในทันที ไม่ใช่วันแรกไม่นับ ทั้งนี้เพราะในตัวบท ใช้ถ้อยคำต่างกันว่าจะแปลว่ามีความประสงค์ให้ใช้บังคับต่างกันด้วย รายละเอียดโปรดดู อนุมัติ ใจสมุทร, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2510), หน้า 362-363.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2499/2524²² วินิจฉัยว่า จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2518 ดังนี้ การนับระยะเวลาจะนับวันที่ 20 พฤษภาคม 2518 ซึ่งเป็นวันแรกคำนวณเข้าในอายุความ 1 ปีด้วยไม่ได้...โจทก์ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2519 อันเป็นวันสุดท้ายที่จะครบ 1 ปี คดีของโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้แสดงว่าแม้มาตรา 448 จะใช้คำว่า “นับแต่...” แต่ศาลฎีกาก็มิได้ให้นับเวลาในวันนั้นเลย คงให้เริ่มนับในวันรุ่งขึ้น ตามหลักทั่วไปในการนับระยะเวลา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลฎีกาไม่ได้ถือว่ากรณีนี้เป็นข้อยกเว้นให้นับระยะเวลาเป็นอย่างอื่นโดยบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเอง²³

นอกจากนี้ สำหรับบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ใบอนุญาต และประกาศต่างๆ ที่บัญญัติหรือกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาไว้โดยใช้คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” ศาลฎีกาก็วินิจฉัยในแนวเดียวกันมาโดยตลอดโดยมิได้ถือว่า คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” นั้นชัดเจนพอให้แปลความได้ว่า บทบัญญัติมาตรานั้นๆ หรือใบอนุญาตนั้นๆ หรือประกาศนั้นๆ ประสงค์จะกำหนดข้อยกเว้นการคำนวณนับระยะเวลาไว้เป็นพิเศษต่างหากจากหลักทั่วไปในเรื่องระยะเวลา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 189-199/2508²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 บัญญัติให้ผู้เสียหายในความผิดอันยอมความได้ร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด แต่ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติถึงวิธีการนับระยะเวลาร้องทุกข์หรือฟ้องคดีในความผิดต่อส่วนตัวไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้กำหนดระยะเวลาดังที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5652/2540²⁵ แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 273 วรรคสามจะได้บัญญัติว่า ระยะเวลาในคำบังคับให้เริ่มนับแต่วันที่ได้ส่งคำบังคับ หรือข้อความท้ายคำบังคับที่ระบุให้จำเลยที่ 2 ปฏิบัติตามคำพิพากษาภายใน 7 วัน นับแต่วันได้รับคำบังคับ ก็ไม่อาจถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่จะต้องนับระยะเวลาในวันแรกรวมเข้าด้วย²⁶

²² นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1947/2520, หน้า 1840, จาก ประภาศน์ อวยชัย, เรื่องเดิม, หน้า 1505.

²³ นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2085/2540, หน้า 508 ที่ 292/2542 เล่มที่ 2 หน้า 83.

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2085/2540, หน้า 182.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2085/2540, หน้า 1861.

²⁶ นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 675/2483, ธรรมสาร หน้า 971, ที่ 1166/2515 จาก [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th>. 2560 (กันยายน, 2).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2856/2525²⁷ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ฯ มาตรา 125 วรรคแรก บัญญัติให้คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดและออกคำสั่งภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องกล่าวหา แต่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ฯ ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีนับระยะเวลาไว้ โดยเฉพาะ จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) มาใช้บังคับ โดยจะนับวันแรกที่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ได้รับคำร้องกล่าวหา รวมคำนวณเข้าด้วยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2499²⁸ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บริษัท ข. โดยนาย ส. ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายให้ขนย้ายข้าวเปลือกเหนียวจากฉางข้าวตำบลชุมแพ อำเภอชุมแพ จังหวัดขอนแก่นไปยังบริษัท ร. ตำบลกุดบัว อำเภอเมือง จังหวัดเลย โดยพาหนะรถยนต์ หนังสืออนุญาตนี้มีกำหนดอายุ 25 วัน นับแต่วันอนุญาต วันอนุญาต คือวันที่ 27 เมษายน พ.ศ.2498 ต่อมา นาย ส. ได้มอบฉันทะให้จำเลยเป็นผู้ขนย้ายข้าวแทน จำเลยขนย้ายข้าวโดยรถยนต์จากจังหวัดขอนแก่น เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2498 ไปถึงด่านตรวจผานกเค้า อำเภอวังสะพุง จังหวัดเลยในวันเดียวกัน เวลา 14 น. เศษ ตำรวจประจำด่านขอตรวจดูใบอนุญาตจากจำเลย จำเลยก็เอาให้ดู ตำรวจเห็นว่าใบอนุญาตนั้นพ้นกำหนดแล้วจึงทำการจับกุมจำเลยและข้าวเปลือกที่บรรทุกไปดำเนินคดีศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกาว่า การนับ 25 วัน ต้องนับแต่วันที่ 27 เมษายน 2498 เพราะใบอนุญาตบ่งว่าให้นับแต่วันอนุญาต ซึ่งข้อความดังกล่าว มานี้เป็นเหมือนหนึ่งกฎข้อบังคับที่ทำกันระหว่างพนักงานผู้ออกใบอนุญาตกับนาย ส. ผู้รับอนุญาตศาลฎีกาเห็นว่า การนับระยะเวลานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) บัญญัติไว้ว่า ถ้าระยะเวลาเป็นวันก็ดี สัปดาห์ก็ดี เดือน หรือปีก็ดี ท่านมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมคำนวณเข้าด้วย เว้นแต่จะเริ่มการในวันนั้นเองตั้งแต่เวลาอันเป็นกำหนดเริ่มทำการงานกันตามประเพณี และมาตรา 156 (193/1) บัญญัติไว้อีกว่า วิธีการกำหนดนับระยะเวลาทั้งปวงท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งลักษณะนี้ เว้นแต่จะมีกำหนดไว้เป็นประการอื่น โดยกฎหมายหรือกฎข้อบังคับ โดยคำสั่งศาลหรือโดยนิติกรรม เพราะฉะนั้นการนับระยะเวลาในคดีนี้จึงต้องเริ่มนับหนึ่งตั้งแต่วันที่ 28 เมษายน 2498 เป็นต้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 158 (193/3) ที่ใบอนุญาตกำหนดว่าให้มีอายุ 25 วัน นับแต่วันอนุญาตนั้นไม่ใช่เป็นกฎหมายหรือกฎ

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 675/2483, หน้า 2049.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2499 [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th.2560> (กันยายน, 2).

นอกจากนี้โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 235/2505 จาก ประภาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ภาค 1 มาตรา 1 ถึงมาตรา 193 พร้อมด้วยย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ.2466 ถึงปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2528), หน้า 1500.

ข้อบังคับที่กำหนดให้นับเป็นประการอื่น จึงจะนับหนึ่งแต่วันที่ 27 เมษายน 2498 ดังโจทก์ฎีกาไม่ได้ เมื่อเริ่มนับหนึ่งแต่วันที่ 28 เมษายน 2498 แล้วถึงวันที่ 22 พฤษภาคม 2498 ก็ครบ 25 วันพอดี หากล่วงพ้นอายุใบอนุญาตไม่ ดังนั้น จำเลยจึงยังไม่มีผลผิด ที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ถูกต้องแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1809/2511²⁹ เจอนไขในการประกวดราคาขายน้ำมันซึ่งกำหนดให้ราคาสินค้าที่เสนอขายยื่นราคาอยู่ 45 วันนับแต่วันที่ยื่นซองประกวดราคานั้น หมายความว่าแต่เพียงว่าให้เริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่วันที่ยื่นซองประกวดเป็นต้นไป ซึ่งย่อมนับเป็น 1 วันในวันรุ่งขึ้น อันเป็นการนับที่ตรงกับหลักแห่งการนับระยะเวลาตามมาตรา 158 (193/3) คือเริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นนั่นเอง และถือไม่ได้ว่ามีนิติกรรมกำหนดการนับระยะเวลาไว้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 156 (193/1)

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีเรื่องระยะเวลาเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น กฎหมายแต่ละเรื่องแต่ละมาตราก็ต้องระบุว่า ระยะเวลาให้นับ “นับแต่”³⁰ วันใดวันหนึ่งเสมอ ความมุ่งหมายของการกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพียงเพื่อให้ทราบว่า จะเริ่มต้นนับระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตั้งแต่เมื่อใด โดยทั่วไปแล้วกฎหมายไม่ได้มีความมุ่งประสงค์ถึงขนาดกำหนดวิธีการเริ่มต้นนับระยะเวลา ระยะเวลาจะเริ่มต้นนับอย่างไรจึงขึ้นอยู่กับหลักการนับระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 5 ซึ่งมาตรา 193/3 วรรคสอง วางหลักทั่วไปว่าให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น กรณีที่จะถือว่ากฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือมาตราใดมาตราหนึ่งมุ่งประสงค์ให้มีวิธีการเริ่มนับระยะเวลาแตกต่างไปจากหลักทั่วไปนี้ จึงต้องชัดเจนจากถ้อยคำในกฎหมายนั่นเอง ลำพังถ้อยคำที่ว่า ให้เริ่มนับแต่วันนั้นวันนี้หรือเวลานั้นเวลานี้ หรือให้เริ่มต้นนับแต่วันนั้นวันนี้หรือเวลานั้นเวลานี้เป็นต้นไป ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ เพราะมิฉะนั้นแล้วจะกลายเป็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาทั้งหลาย ซึ่งมักจะต้องบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า นับแต่... จะต้องมีวิธีการนับเป็นพิเศษแตกต่างจากหลักทั่วไปทั้งหมดทั้งสิ้น ซึ่งมีใช้เช่นนั้น³¹ เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายระยะเวลานั้น

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 235/2505, หน้า 1984.

³⁰ คำว่า “นับ” หมายถึง ตรวจหรือบอกให้รู้จำนวน พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 หน้า 616 และคำว่า “แต่” หมายถึง นำหน้านามบอกเวลาที่เป็นจุดเริ่มต้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, หน้า 515.

โดยทั่วไป เมื่อมีการกำหนดช่วงความยาวของเวลาไว้ให้คำนวณนับ ก็ต้องมีจุดตั้งต้นนับ ซึ่งมักใช้คำว่า “นับแต่” เพื่อแสดงให้เห็นจุดเริ่มต้นในการนับระยะเวลา.

³¹ ทำนองเดียวกัน กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง นิติกรรมสัญญา ฯลฯ อาจใช้ถ้อยคำ “นับจาก” หรือ “นับตั้งแต่” หรือ “ตั้งแต่” วันใดวันหนึ่งก็ได้ ซึ่งหากใช้เกี่ยวเนื่องกับการคำนวณนับระยะเวลาแล้วก็มี

ชัดเจนว่ามีขึ้นเพื่อกำหนดหลักทั่วไปในเรื่องระยะเวลาที่สามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีเพื่อลดความสับสนและข้อโต้แย้งของผู้เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องวิธีการนับระยะเวลาที่บุคคลต่างๆ อาจเข้าใจไม่ตรงกันได้เสมอๆ ดังนั้น กรณีจะสามารถเริ่มนับวันแรกได้ อันถือว่าเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงต้องเป็นกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำชัดเจนถึงขนาดที่สามารถตีความเช่นนั้นได้โดยไม่มีข้อโต้แย้งเป็นอย่างอื่นเท่านั้น อาทิ “ในการคำนวณระยะเวลาจำคุก ให้นับวันเริ่มจำคุกรวมคำนวณเข้าด้วย...” หรือ “วิธีนับอายุ ถ้าเกิดพุทธศักราชใดให้ถือว่ามียุครครบหนึ่งปีบริบูรณ์เมื่อสิ้นพุทธศักราชที่เกิดขึ้น...” หรือ “การนับระยะเวลาทดลองปฏิบัติราชการเป็นเดือนตามกฎหมาย ก.พ. นี้...ให้นับวันเข้าปฏิบัติหน้าที่ราชการวันแรกเป็นวันเริ่มต้น...” หรือ การนับระยะเวลาของอายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้นับรวมวันที่จดทะเบียนหรือวันต่ออายุวันแรกเป็นวันที่หนึ่ง หรือการนับระยะเวลาของอายุสิทธิบัตรการประดิษฐ์ สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ และอนุสิทธิบัตรให้นับรวมวันขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรเป็นวันที่หนึ่ง เป็นต้น

โดยเหตุผลดังกล่าวมานี้ ในกรณีที่พระราชบัญญัติต่างๆ กำหนดระยะเวลาให้พระราชบัญญัตินั้นๆ มีผลใช้บังคับ โดยใช้ถ้อยคำว่า “...เมื่อพ้นหกสิบวันหรือเก้าสิบวันหรือหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา” ก็ดี “...เมื่อพ้นหกสิบวันหรือเก้าสิบวันหรือหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” ก็ดี³² การนับหรือคำนวณระยะเวลาหกสิบวันหรือเก้าสิบวันหรือหนึ่งร้อยยี่สิบวันจึงไม่นับวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2553³³ ได้วินิจฉัยเรื่องการมีผลใช้บังคับของกฎหมายไว้ตามแนวทางนี้ว่า “...มีปัญหาต้องวินิจฉัยประการแรกตามอุทธรณ์โจทก์ว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551...มีผลใช้บังคับเมื่อใด เห็นว่า ตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 42 ก เมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2551 ดังนั้น เมื่อมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ไม่ได้บัญญัติให้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มีผลบังคับนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป แต่ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศใน

ความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “นับแต่” ดังนั้น จึงต้องนับระยะเวลาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ซึ่งในประเด็นนี้เมื่อมีโอกาสเหมาะสมผู้เขียนจะได้นำเสนอความเห็นที่เกี่ยวข้องต่อไป.

³² การใช้ถ้อยคำว่า “นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา” หรือ “นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” แม้ถ้อยคำดังกล่าวจะแตกต่างกัน แต่โดยทั่วไปแล้วต้องถือว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2553, หน้า 1801.

ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป อันต้องมีการคำนวณนับกำหนดเก้าสิบวัน การคำนวณนับจึงต้องเป็นไปตามหลักการคำนวณนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสองตอนต้น ที่บัญญัติว่า “ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นวัน...มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน” การเริ่มต้นนับระยะเวลาเก้าสิบวันจึงไม่นับวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ต้องเริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น คือ 5 มีนาคม 2551 เป็นวันที่หนึ่ง ซึ่งจะครบ 90 วัน ในวันที่ 2 มิถุนายน 2551 ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538³⁴ วินิจฉัยว่า...พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ.2534 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 60 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป พระราชบัญญัติดังกล่าวประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2534 ดังนั้น จึงมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2534 เป็นต้นไป... ซึ่งในคดีนี้เท่าที่ศาลฎีกาใช้หลักกฎหมายระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นคือวันที่ 28 สิงหาคม 2534 มิใช่เริ่มต้นนับหนึ่งในวันที่ 27 สิงหาคม 2534 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ครบ 60 วันในวันที่ 26 ตุลาคม 2534 กฎหมายจึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2534 เป็นต้นไปนั่นเอง

นอกจากนี้ยังมีความเห็นของศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2553 โดยมาตรา 2 บัญญัติให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่ประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางก็เห็นว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2554 เป็นต้นไป³⁵ กล่าวคือวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2553 ไม่นับ ให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น ซึ่งจะครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ในวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ.2554 กฎหมายย่อมมีผลเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน จึงมีผลในวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2554

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538 [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th>. 2560 (กันยายน, 2).

³⁵ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 (แก้ไขปรับปรุงตาม ฉบับที่ 2 ฉบับที่ 3 พ.ศ.2558 ฉบับที่ 4 และฉบับที่ 5 พ.ศ.2559) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ส่วนส่งเสริมและวิชาการ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2560), หน้า คำนำ.

8. ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10)

สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้มีหนังสือขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายว่า ตามที่ได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2542 ให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 โดยมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” นั้น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 เริ่มมีผลใช้บังคับในวันใด โดยมีความเห็นเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าให้ถือหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 คือไม่นับวันแรกที่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เริ่มนับวันถัดไป โดยเทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/3539 อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการนับวันใช้บังคับถือตามตัวบทของกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นสำคัญ เมื่อกฎหมายนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 21 เมษายน 2542 จึงเห็นว่าการนับจะต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ 21 เมษายน 2542 เป็นต้นไป

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีหนังสือเลขเสร็จที่ 290/514 ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2543) แจ้งว่า

“คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้พิจารณาปัญหาข้อหาดังกล่าวข้างต้นแล้ว เห็นว่าการกำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับกฎหมายนั้น จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั่นเอง เพราะมิใช่เป็นเรื่องการคำนวณระยะเวลาตามบทบัญญัติว่าด้วยระยะเวลาในลักษณะ 5 บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ดังนั้น กำหนดระยะเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวัน จึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันแรก เพราะฉะนั้นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 สิงหาคม 2542 เป็นต้นไป”

9. ข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตามหนังสือแจ้งดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า

“อนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอเรียนเป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับซึ่งปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาว่า คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้มี 2 คำพิพากษาและขัดแย้งกัน กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 ที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอ้างว่า ในคำพิพากษาศาลฎีกาได้นับระยะเวลาที่กฎหมายมีผลใช้บังคับตามวิธีการนับระยะเวลาที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือไม่นับวันรวมคำนวณเข้าด้วย แต่ก่อนมีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาได้เคยพิพากษาวางบรรทัดฐานวิธีการนับระยะเวลาที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับไว้เช่นกัน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 ซึ่งพิพากษาว่าเมื่อกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับในวันใด กฎหมายก็ย่อมมีผลใช้บังคับในวันนั้น มิใช่มีผลในวันรุ่งขึ้นตามวิธีการนับระยะเวลาตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความเห็นทางกฎหมายที่คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยนี้อยู่ในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลนั้นย่อมมีผลเฉพาะคดีนั้นๆ เท่านั้น มิได้มีผลเป็นการทั่วไป แต่สำหรับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2482 ว่า เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นทางกฎหมายเป็นประการใดแล้ว ให้กระทรวง ทบวง กรม ถือปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา”

10. วิเคราะห์เหตุผลตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10)

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) มีความเห็นว่ากำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ให้เริ่มนับหนึ่งตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ไม่นำวิธีการนับหรือคำนวณนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ โดยมีเหตุผลประการแรกคือ เรื่องนี้เป็นเรื่องการกำหนดวันเริ่มใช้บังคับกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประการที่สอง มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา สำหรับเหตุผลประการแรกนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 บัญญัติชัดเจนว่า การนับระยะเวลาทั้งปวงซึ่งหมายความว่าไม่จะเป็นเรื่องใดก็ตาม ล้วนต้องใช้วิธีการนับระยะเวลาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ถึง 193/8 กำหนดไว้ทั้งสิ้น ข้อยกเว้นที่จะไม่ใช้วิธีการนับหรือคำนวณนับระยะเวลาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ถึง 193/8 กำหนดไว้

มีเพียง 4 ประการ ตามที่มาตรา 193/1 ตอนท้ายระบุไว้เท่านั้น คือมีกฎหมาย คำสั่งศาล ระเบียบ ข้อบังคับ หรือนิติกรรมกำหนดเป็นอย่างอื่น คำกล่าวที่ว่ากำหนดเวลาเริ่มใช้บังคับของกฎหมาย มิใช่เป็นเรื่องการคำนวณนับระยะเวลาตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 กำหนดไว้ ทั้งที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเองกำหนดไว้ว่า ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่ามีระยะเวลาหรือช่วงความยาวของ เวลาเข้ามาเกี่ยวข้อง³⁶ อันทำให้ต้องมีการคำนวณนับระยะเวลา เช่นนี้แล้วจะไม่ใช้เรื่องการนับหรือ คำนวณนับระยะเวลาได้อย่างไร ซึ่งเมื่อเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาจึงต้องตกอยู่ภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 193/1 ถึง 193/8 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การให้เหตุผลดังกล่าว มาจึงไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 193/1 อย่างชัดเจน ทั้งหากกฎหมายอื่นนั้นประสงค์จะให้ใช้ วิธีการนับระยะเวลาเป็นอย่างอื่นก็เป็นเรื่องที่สามารถทำได้ตามที่มาตรา 193/1 ตอนท้ายบัญญัติไว้อยู่แล้ว ปัญหาในการพิจารณาเรื่องวันเริ่มมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ จึงมีเพียงว่าพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำแสดงให้ เห็นอย่างชัดเจนว่ามีวิธีการนับระยะเวลาเป็นพิเศษอย่างอื่น อันจะเข้าข้อยกเว้นว่ามีกฎหมายบัญญัติ วิธีการนับระยะเวลาไว้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 193/1 ตอนท้ายหรือไม่เท่านั้น คณะกรรมการ กฎฎีกา (คณะที่ 10) ให้เหตุผลในประการที่สองว่า “เมื่อมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและ ปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า พระราช-บัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อ พ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ดังนั้น กำหนด ระยะเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวันจึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา ...” ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า ข้อความในมาตรา 2 ที่เห็นว่าชัดเจนแล้วนั้นคือข้อความใด ซึ่งหากเห็นว่า ข้อความที่บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วคือคำว่า “นับแต่...” หรือ “นับแต่...เป็นต้นไป” ก็ย่อมมีข้อโต้แย้งได้ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่า คำว่า “นับแต่...” หรือ “นับแต่...เป็นต้นไป” นั้นเป็นถ้อยคำตามปกติ ธรรมดาที่ใช้อยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และตามกฎหมายอื่น รวมตลอดถึงในนิติ กรรมสัญญา ฯลฯ ซึ่งความเห็นในทางดำรัสส่วนใหญ่และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตลอดเวลา ที่ผ่าน มามีได้ถือกันว่า คำว่า “นับแต่...” หรือ “นับแต่...เป็นต้นไป” เป็นถ้อยคำที่ชัดเจนเพียงพอที่จะบ่งชี้ ถึงเจตนาให้เริ่มนับระยะเวลาเป็นอย่างอื่นเป็นพิเศษแตกต่างจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์กำหนดไว้ ดังนั้น ถ้าฟังถ้อยคำตามที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ จึงหาใช้กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นพิเศษ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/1 ตอนท้ายระบุไว้แต่อย่างใดไม่

³⁶โปรดดูเชิงอรรถที่ 2.

11. วิเคราะห์เหตุผลตามข้อสังเกตของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในส่วนที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องมี 2 คำพิพากษา และขัดแย้งกันเอง คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ตรงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการะบุว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่นับระยะเวลาที่กฎหมายมีผลใช้บังคับตามวิธีการนับระยะเวลาที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือไม่นับวันแรกรวมคำนวณเข้าด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “...ปัญหาว่า จะต้องนำเอาพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มาปรับใช้แก่คดีนี้หรือไม่ เห็นว่า พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 เพิ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2535 แต่การว่าจ้างขนส่งสินค้าพิพาททำสัญญากันตั้งแต่วันที่ 9 พฤศจิกายน 2533 ซึ่งเป็นเวลาก่อนวันที่พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มีผลใช้บังคับ ดังนั้น ในการฟ้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับสินค้าพิพาทจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 616 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอันเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี...”³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกานี้อันที่จริงแล้วมิได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องการนับระยะเวลาการมีผลใช้บังคับของกฎหมายไว้โดยตรง แต่ก็เห็นได้อยู่ในตัวว่าศาลฎีกาใช้หลักการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2534³⁸ โดยมาตรา 2 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวระบุว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” ซึ่งตามหลักการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง ไม่นับวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่หนึ่ง แต่นับวันรุ่งขึ้นเป็นวันที่หนึ่ง ดังนั้นจึงครบ 90 วันในวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2535 พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเลฯ จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2535 เป็นต้นไป คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 นี้จึงเป็นการวินิจฉัยในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538 และต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2553 ดังได้กล่าวมาแล้ววินิจฉัยยืนยันในแนวทางเดียวกันอีก ซึ่งเหตุผลที่ศาลฎีกาปรับใช้หลักกฎหมายระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปรากฏชัดเจนในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2553 ซึ่งศาลฎีกากล่าวไว้ว่า...มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539, หน้า 1185.

³⁸ “พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 203 ฉบับพิเศษ (22 พฤศจิกายน 2534): 68.

ไม่ได้บัญญัติให้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มีผลบังคับนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป แต่ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป อันต้องมีการคำนวณนับกำหนดเก้าสิบวัน การคำนวณนับจึงต้องเป็นไปตามหลักการคำนวณนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสองตอนต้น...

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากล่าวว่าเป็นคำพิพากษาที่วางบรรทัดฐานเรื่องวิธีการนับระยะเวลาอีกแนวหนึ่ง ซึ่งวางหลักว่า เมื่อกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับในวันใด กฎหมายก็ย่อมมีผลใช้บังคับในวันนั้น มิใช่มีผลในวันรุ่งขึ้นตามวิธีการนับระยะเวลาตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เมื่อได้พิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยละเอียดแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 วินิจฉัยว่า³⁹

“...คดีนี้โจทก์หาว่าจำเลยสมคบกันเล่นไพ่ต้องพินันเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2476 เวลากลางคืนก่อนเที่ยง ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2473 และกฎกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ.2477”

จำเลยให้การรับว่าได้เล่นจริง แต่เล่นในคืนวันที่ 14 มิถุนายน ยังไม่เกิน 2 นาฬิกา ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาตให้เล่นได้ ฯ

ตามทางพิจารณาเหตุที่เกิดขึ้นก็เพราะว่าการเล่นไพ่ต่างๆ นั้นตามกฎหมายกระทรวงมหาดไทย ข้อ 2 (4) และข้อ 8 อนุญาตให้เล่นได้ตั้งแต่ 12 นาฬิกา ถึง 24 นาฬิกา หรือ 2 นาฬิกาแห่งวันรุ่งขึ้น ครั้นต่อมากระทรวงมหาดไทยออกกฎใหม่ให้ยกเลิกความเก่าโดยใช้ความใหม่แทน ใจความว่าให้เล่นได้ถึง 24 นาฬิกาเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าการเล่นเกินไปจนถึง 2 นาฬิกาอย่างแต่ก่อนไม่ได้ กฎนี้ลงวันที่ 24 พฤษภาคม แต่ให้ตั้งต้นใช้วันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2476 เป็นต้นไป ท่วงทีเหมือนว่าเจ้าพนักงานจะได้คอยสังเกตอยู่ ฉะนั้นพอจำเลยเล่นล่วงเลยเวลา 24 นาฬิกาไปไม่กี่นาทีก็ถูกจับ รูปคดีดังนี้ศาลจังหวัดชัยภูมิเห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156-158 การนับระยะเวลาทั้งหลายให้เริ่มนับในวันรุ่งขึ้น ฉะนั้นตามกฎหมายว่าให้ใช้วันที่ 15 จึงตกวันที่ 16 มิถุนายน แต่จำเลยเล่นในวันที่ 14 ล่วงเลย 24 นาฬิกาเข้ามาในวันที่ 15 มิถุนายน เช่นนี้ จึงไม่มีผิด ให้ยกฟ้องโจทก์เสีย

โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าตามกฎกล่าวชัดเจนแล้วว่าให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 15 มิถุนายน เป็นต้นไป เมื่อพ้นเที่ยงคืนของวันที่ 14 ไปแล้ว ต้องเป็นวันที่ 15 ตามประกาศนับเวลาในราชการ ลงวันที่ 10 กันยายน พ.ศ.2460 ฉะนั้นจำเลยต้องผิด แต่ควรกรุณาลงโทษเบาที่สุด จึงพิพากษาให้ปรับจำเลยเป็นพินัยคนละ 1 บาท ตามมาตรา 4-9 แห่งพระราชบัญญัติการพนันฯ

³⁹ ธรรมสาร 2477, เรื่องเดิม, หน้า 94.

จำเลยทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาว่า ประกาศนับเวลานั้นใช้เฉพาะในราชการหาได้กำหนดให้บุคคลทั่วไปใช้ด้วยไม่ จำเลยเห็นควรถือวันใหม่ตั้งแต่เห็นแสงอรุณตามทางพระพุทธศาสนาและจารีตประเพณี เมื่อถือเช่นนั้นจำเลยจึงหาไม่ผิดไม่ว่า

กรรมการศาลฎีกาประชุมปรึกษาเห็นว่า ศาลอุทธรณ์ชี้ขาดตัดสินชอบด้วยบทกฎหมายดีแล้ว ในท้ายประกาศนี้เองก็ได้มีพระบรมราชาธิบายไว้ว่าโดยหลักวิชาและประเพณีย่อมนับวันดังนั้น หากจำเลยเองถือผิดโดยเฉพาะและผิดตลอดไปจนความเห็นว่าราชการกับบุคคลนับวันต่างกัน ซึ่งเป็นเช่นนั้นมิได้ ให้ยกฎีกาจำเลยเสีย โดยพิพากษายืน...”

ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 มีประเด็นที่ขึ้นมาสู่ศาลฎีกาเฉพาะปัญหาว่า ประกาศนับเวลาในราชการ⁴⁰ ใช้เฉพาะในราชการหรือใช้กับบุคคลทั่วไปด้วย คำพิพากษาศาลฎีกานี้มิได้วินิจฉัยในประเด็นว่ากฎกระทรวงมหาดไทยมีผลใช้บังคับในวันใดไว้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม แม้หากจะถือว่าศาลฎีกาได้วินิจฉัยยืนตามศาลอุทธรณ์ที่ว่าตามกฎกระทรวงมหาดไทยกล่าวชัดเจนแล้วว่าให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 15 มิถุนายน เป็นต้นไป กฎกระทรวงมหาดไทยจึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ดังกล่าว ผู้เขียนก็เห็นว่า กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการพระนั้น พุทธศักราช 2473 (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2476⁴¹ ที่พิพากกันในคดีนี้ กำหนดไว้ในข้อ 4 ว่า “ให้ใช้กฎนี้ตั้งแต่วันที่ 15 มิถุนายน พุทธศักราช 2476 เป็นต้นไป” จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันใดวันหนึ่ง ซึ่งมีใช่เป็นกรณีที่มีระยะเวลาซึ่งจะต้องคำนวณนับแต่อย่างใด ข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้จึงเป็นคนละเรื่องกัน ไม่อาจนำมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” เพราะกรณีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ นี้มีระยะเวลาที่จะต้องคำนวณนับ อันเป็นเหตุผลเช่นเดียวกับที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2553 ซึ่งวินิจฉัยตามมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ซึ่งบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539 (ซึ่งย่อมรวมถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538 และที่ 2086/2553 ด้วย) กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 มิได้วินิจฉัยขัดแย้งกัน แต่คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองแนวได้วางหลักชัดเจนว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้ใช้บังคับตั้งแต่วันใดวันหนึ่ง เป็นต้นไป คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477 ถือว่าต้องใช้บังคับตั้งแต่

⁴⁰ ประกาศใน “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 70/2477,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 34 (13 กันยายน 2460): 421.

⁴¹ ประกาศใน “พระราชบัญญัติการพระนั้น พุทธศักราช 2473 (ฉบับที่ 2),” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 (24 พฤษภาคม 2476): 258.

วันนั้น⁴² แต่กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเวลาใดเวลาหนึ่งนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5470/2538, 5809/2539 และ 2086/2553 ได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่ากรณีนี้ต้องมีการคำนวณระยะเวลาจึงต้องนำหลักเรื่องระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับตำรากฎหมายส่วนใหญ่ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว

12. ผลที่เกิดขึ้นจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10)

การนับระยะเวลามีผลใช้บังคับของกฎหมายที่แตกต่างกันเพียงหนึ่งวันตามหนังสือเลขเสร็จที่ 290/514 ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2543 ดังกล่าวมานั้น ในทางปฏิบัติอาจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบมากนัก เพราะตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) **จำกัดให้ใช้เฉพาะกรณีการนับระยะเวลาการมีผลใช้บังคับของกฎหมาย มิได้ใช้ในการนับระยะเวลากรณีอื่นๆ และส่วนใหญ่แล้ว** ความแตกต่างเพียงวันเดียวในการมีผลใช้บังคับของกฎหมายก็มักไม่เกิดปัญหาได้เช่นกัน

ผลกระทบที่เกิดขึ้นมากกว่าและเกิดขึ้นแล้วจากความเห็นตามหนังสือเลขเสร็จดังกล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณระยะเวลา เข้าใจและยึดถือความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) โดยนำไปใช้กับการนับระยะเวลาในกรณีอื่นๆ ด้วย อาทิ นำไปใช้กับการนับระยะเวลาอุทธรณ์ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งจากคณะกรรมการ⁴³ โดยจดจ่อที่ใช้ถ้อยคำว่า “นับแต่..” อันเป็นถ้อยคำทำนองเดียวกับเรื่องเลขเสร็จดังกล่าว⁴⁴ ซึ่งไม่เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ที่ให้ใช้กับเฉพาะเรื่องการมีผลใช้บังคับของกฎหมายเท่านั้น⁴⁵

⁴² กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้ใช้บังคับตั้งแต่วันใดวันหนึ่งเป็นต้นไปหรือกฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับตามที่มีการระบุวันไว้โดยชัดแจ้งนี้ เห็นได้ชัดเจนว่ามีใช้เป็นเรื่องการคำนวณระยะเวลา เพราะมิได้มีช่วงความยาวของเวลาเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงไม่ใช่กรณีที่ตกอยู่ภายในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 5 ระยะเวลา มาตรา 193/1 ถึง 193/8.

⁴³ เช่น มาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ใช้พลังงาน ผู้รับใบอนุญาต หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียใดไม่พอใจคำสั่ง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อกำหนดใดๆ ของคณะกรรมการ ให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้

การอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งให้ยื่นต่อคณะกรรมการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งจากคณะกรรมการ หรือนับแต่วันที่คณะกรรมการได้ออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศหรือข้อกำหนด ...”

⁴⁴ กรณีตามมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 นี้ มีการนำไปเปรียบเทียบกับมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 ที่ใช้ถ้อยคำว่า

นอกจากนี้ผลที่เกิดขึ้นอีกประการหนึ่งคือนักกฎหมายหรือผู้ร่างกฎหมายบางส่วนซึ่งเข้าใจว่าถ้ามีการใช้ถ้อยคำว่า “ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด...วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา” แล้วหมายถึงให้นับวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันแรก อันทำให้ผู้ร่างกฎหมายอาจจะเห็นว่าไม่ถูกต้องเป็นธรรมและต้องการให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นหลังจากประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงทำให้เกิดการใช้ถ้อยคำต่างออกไปว่า “ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป”⁴⁶ ซึ่งอาจจะยิ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและมีข้อโต้แย้งขึ้นอีก

13. บทสรุป

ปัญหาเรื่องวิธีการนับหรือคำนวณนับระยะเวลานั้นเกิดขึ้นได้เสมอทั้งในชีวิตประจำวันของบุคคลธรรมดา การดำเนินกิจการขององค์กรธุรกิจ และการทำงานของหน่วยงานภาครัฐ การนับระยะเวลากลายเป็นประเด็นที่สำคัญในกรณีที่ผลของการคำนวณนับระยะเวลานั้นจะทำให้บุคคลได้สิทธิประโยชน์หรือเสียสิทธิประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งด้วยเหตุผลว่ายังอยู่ภายในกำหนดระยะเวลาหรือพ้นกำหนดระยะเวลาไปแล้ว ปัญหาการคำนวณนับระยะเวลาไม่ตรงกันเกิดจากความเข้าใจของบุคคลที่ย่อมแตกต่างกันไป ถ้อยคำที่ว่า “60 วันนับแต่วันได้รับคำสั่ง” หรือ “30 วันนับแต่วันลงนามในสัญญา” หรือ “หนึ่งปีนับแต่วันทำละเมิด” ฝ่ายหนึ่งอาจเข้าใจว่าหรืออยากให้นับโดยให้นับรวมวันที่ได้รับคำสั่ง... หรือวันที่ลงนาม... หรือวันที่ทำละเมิด แต่อีกฝ่ายหนึ่งอาจเข้าใจว่าหรือประสงค์ให้เริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น ซึ่งหากปล่อยให้ข้อโต้แย้งจากความเข้าใจในการแปลความ

“พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” จึงเทียบเคียงเอาว่า มาตรา 121 วรรคสอง มิได้ใช้ถ้อยคำว่า “...ให้นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้ง..” ดังนั้น จึงต้องนับหนึ่งในวันที่ได้รับแจ้ง.

⁴⁵ต่อมาศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาว่า การนับระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา 121 วรรคสอง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 ให้นับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 64 ซึ่งบัญญัติไว้สอดคล้องกับหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 รายละเอียดโปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1860/2556.

⁴⁶อาทิ มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องเติมถ้อยคำว่า “ถัดจาก” เข้าไปแต่อย่างใด

โปรดดู เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6907/2540 “การคำนวณนับระยะเวลาในการคิดดอกเบี้ยนั้นอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/3 วรรคสอง ซึ่งกำหนดมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลารวมคำนวณเข้าด้วย จึงเริ่มนับหนึ่งในวันรุ่งขึ้นโดยไม่นับวันฟ้องรวมคำนวณเข้าด้วยอยู่แล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ถ้อยคำเจาะจงว่าให้คิดดอกเบี้ยนับแต่วันถัดจากวันฟ้องแต่อย่างใด.”

ถ้อยคำไม่ตรงกันเช่นนี้ย่อมเกิดปัญหาได้ไม่สิ้นสุด กฎหมายจึงบัญญัติให้การนับระยะเวลาทั้งปวงต้องนับตามวิธีการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ซึ่งหลักทั่วไปก็คือให้นับหนึ่งในวันรุ่งขึ้น เมื่อกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนแล้วย่อมสามารถยุติข้อโต้แย้งทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นไปได้ ยิ่งไปกว่านั้นนอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนดังกล่าวแล้ว ตำรากฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาก็ยอมรับและยึดถือหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ในแนวทางเดียวกันตลอดมา

ความเห็นที่ว่า “กำหนดวันเริ่มใช้บังคับกฎหมายต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นๆ” นั้นถูกต้อง เพราะกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดวันเริ่มใช้บังคับแตกต่างกันไป บางกฎหมายบัญญัติกำหนดแต่วันที่ใช้บังคับไว้เลย บางกฎหมายบัญญัติกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศฯ บางกฎหมายกำหนดให้ใช้เมื่อพ้นระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเช่นหกสิบวันนับแต่วันประกาศฯ กล่าวเฉพาะมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 กำหนดไว้หนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศฯ แต่สำหรับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ที่เกี่ยวกับมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ที่ว่า “กำหนดวันเริ่มใช้บังคับกฎหมายจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นๆ เพราะมิใช่เป็นเรื่องการคำนวณนับระยะเวลาตามบทบัญญัติว่าด้วยระยะเวลาในลักษณะ 5 บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” นั้น ยังมีข้อสงสัยว่า การนับระยะเวลาสามสิบวัน หกสิบวันหรือหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศฯ จะไม่ใช่เรื่องการนับหรือคำนวณระยะเวลาได้อย่างไร นอกจากนี้หากเห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” หมายถึง กฎหมายต้องการให้มีวิธีการนับระยะเวลาเป็นอย่างอื่น นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ย่อมแตกต่างไปจากแนวทางการตีความถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในนิติกรรมสัญญา ใบอนุญาต ประกาศ คำสั่ง หรือกฎหมายอื่นอีกมากที่ใช้ถ้อยคำทำนองเดียวกันนี้ว่า “นับแต่วันทำสัญญา นับแต่วันอนุญาต นับแต่วันทำละเมิด นับแต่มีคำสั่ง นับแต่ได้รับคำสั่ง ฯลฯ” ซึ่งทั้งความเห็นในทางตำราและแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลฎีกาสอดคล้องกันมาโดยตลอดว่า คำว่า “นับแต่...(วันใดวันหนึ่ง)” มิใช่ถ้อยคำที่มีความหมายว่าต้องการยกเว้นไม่ให้ใช้วิธีการนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ซึ่งแตกต่างจากตำราและแนวคำพิพากษาศาลฎีกามีได้ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจน ส่วนเหตุผลที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายกขึ้นตามข้อสังเกตก็ไม่ตรงกับเรื่อง ในระบบกฎหมายไทยแม้คำพิพากษาศาลฎีกามีได้มีสถานะเป็นกฎหมาย และมีผลเฉพาะคดี แต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาอันเป็นบรรทัดฐานย่อมเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่ควรพิจารณาและยึดถือเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกานั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของ

กฎหมายอยู่แล้ว ในขณะที่ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความสำคัญที่ให้นหน่วยงานของรัฐ ยึดถือและปฏิบัติตาม ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ไม่ลงรอยกับบทบัญญัติของกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาบรรทัดฐานจึงควรได้รับการพิจารณาเพื่อป้องกันปัญหาทั้งในการใช้การ ดีความกฎหมายในประเด็นนี้และในการร่างกฎหมายต่อไป

บรรณานุกรม

- กำชัย จงจักรพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยระยะเวลาและอายุความ. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1- 240. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509.
- ประกอบ หุตะสิงห์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2521.
- ประกาศน์ อวยชัย. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ภาค 1 มาตรา 1 ถึงมาตรา 193 พร้อมย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ.2466 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2528.
- พวงผกา บุญโสภากย์ และประสาน บุญโสภากย์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.
- ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง. พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 (แก้ไขปรับปรุงตาม ฉบับที่ 2 ฉบับที่ 3 พ.ศ.2558 ฉบับที่ 4 และฉบับที่ 5 พ.ศ.2559) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ส่วนส่งเสริมและวิชาการ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2560.
- อนุมติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2510.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ
อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์

**ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ
อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ**
**The Comparative Study of Thai Law and the UNESCO Convention
on the Protection of the Underwater Cultural Heritage**

ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์*
Dr.Yodsapon Nitiruchirot

บทคัดย่อ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ หากแต่ได้นำพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมทั้งบนบกและในน้ำมาปรับใช้เพื่อป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ขณะนี้ประเทศไทยยังอยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ.2001 (อนุสัญญายูเนสโก) แต่ด้วยเหตุที่ไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว กฎหมายภายในของไทยอาจยังไม่สอดคล้องหรือไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญายูเนสโกได้

*หัวหน้าหน่วยวิจัยกฎหมายและการพัฒนาพื้นที่ชายแดน, อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท., สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. Xiamen University, China. E-mail: surino_juris@hotmail.com.

Head of Research Unit on Border Area Law and Development: ReBALD, Lecturer at School of Law, Mae Fah Luang University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Law at Thammasat University, LL.D. at Xiamen University, China.

วันที่รับบทความ (received) 29 มิถุนายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 14 กันยายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 20 กันยายน 2561.

ด้วยเหตุดังกล่าวบทความนี้จึงมุ่งจะศึกษาเปรียบเทียบเพื่อชี้ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้อง
ต้องกันของอนุสัญญาเนสโกกับกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ
ของไทยได้ประกาศใช้ก่อนที่อนุสัญญาเนสโกจะถูกร่างขึ้น แม้จะได้มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2535
แต่ยังมีความไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาเนสโกหลายประการ เช่น 1) นิยามความหมายของคำว่า
มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ 2) บทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ
3) กระบวนการของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ และ 4) หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ทางการค้า

Abstract

Thailand does not have a specific law on underwater cultural heritage (UCH) protection. Nevertheless, the Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art and National Museums B.E. 2504 (1961), a general law on cultural heritage in land or underwater, is applied to protect UCH. Currently, Thailand is considering ratifying the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001 (the UNESCO Convention). Due to Thailand has no specific law in this matter, Thai's law may incompatible or insufficient to implement obligations under the UNESCO Convention.

This article aims to comparatively study on incompatibility between the UNESCO Convention and Thai laws. As a result of the study, the author found that the Act on Ancient Monuments had been promulgated before the UNESCO Convention was adopted, even it was amended in 1992, some provisions of the Act on Ancient Monuments are not compatible with the UNESCO Convention such as 1) the definition of UCH, 2) jurisdiction on UCH protection, 3) ownership of UCH, 4) and the principle of no commercial exploitation.

คำสำคัญ: มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ, อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ, พระราชบัญญัติโบราณสถาน

Keywords: underwater cultural heritage, the UNESCO convention on the protection of the underwater cultural heritage, the act on ancient monuments

1. บทนำ

กฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ได้แก่ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 (อนุสัญญากฎหมายทะเล) และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ.2001 (ต่อไปนี้จะเรียกว่าอนุสัญญายูเนสโก) ในขณะที่ร่างอนุสัญญากฎหมายทะเลนั้นได้มีการถกเถียงกันเรื่องการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำอยู่บ้างแต่ไม่มากนัก เนื่องจากในขณะนั้นยังเป็นเพียงแค่ความกังวลของนานาประเทศ หากแต่ยังไม่มีรายงานความสูญเสียมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่แน่ชัด อีกทั้งเทคโนโลยีในการขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในขณะนั้นก็ยังไม่มีการพัฒนามากพอ ดังนั้น ภายใน 320 มาตรา และ 9 ภาคผนวกแห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลจึงมีเพียงสองมาตราเท่านั้นที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ซึ่งมีความไม่ชัดเจนและไม่เพียงพออย่างยิ่ง¹

ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีเกี่ยวกับการขุดค้นโบราณวัตถุใต้น้ำได้ถูกพัฒนา โดยเฉพาะเหตุการณ์การค้นพบเรือไททานิค (RMS Titanic) ซึ่งจมอยู่ใต้น้ำทะเลในระดับความลึก 3,800 เมตรในปี พ.ศ.2528² ทำให้เห็นได้ว่าเทคโนโลยีปัจจุบันสามารถขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในทะเลได้เกือบทั่วโลก หลายประเทศจึงเริ่มเป็นกังวลต่ออันตรายของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำมากขึ้น

จนกระทั่งองค์การยูเนสโกได้ประชุมและจัดทำร่างอนุสัญญาเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเสร็จสิ้นในปี ค.ศ.2001 ในการประชุมเต็มคณะในการประชุมใหญ่สามัญครั้งที่ 31³ ประกอบด้วย 35 มาตราและหนึ่งภาคผนวก โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและอุดช่องว่างของอนุสัญญากฎหมายทะเล อนุสัญญาดังกล่าว จึงถือเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญและมีพัฒนาการที่ดีที่สุดในเรื่องการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในขณะนี้ ประเทศไทยเป็นภาคีเพียงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโก ดังนั้น บทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญา

¹Yodsapon Nitiruchit, "The Challenges of Underwater Cultural Heritage Protection in the South China Sea," *China Oceans Law Review* 2 (2016): 247-249.

²Sarah Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 4.

³Kuen-chen Fu, *Essays on International Law of the Sea* (Xiamen: Xiamen University Press, 2004), p. 47.

ยูเนสโกจึงยังไม่ผูกพันต่อประเทศไทย ปัจจุบันยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว

ในส่วนของกฎหมายภายใน เดิมประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยโบราณสถาน ศิลปวัตถุ โบราณวัตถุ และการพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2477 (ค.ศ.1934) เป็นกฎหมายเพื่ออนุรักษ์ ป้องกันโบราณสถานและโบราณวัตถุ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ขึ้นเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติ พ.ศ.2477⁴ อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรม ได้น้ำ ดังนั้น การป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำของประเทศไทยจึงต้องอาศัยพระราชบัญญัติ โบราณสถานฯ พ.ศ.2504 (ค.ศ.1961) และได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี พ.ศ.2535 (ค.ศ.1992) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ”) ในสถานการณ์ดังกล่าว กฎหมายภายในของ ประเทศไทยอาจยังไม่สอดคล้องหรือไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญายูเนสโกได้

ดังนั้น บทความนี้จะมุ่งที่จะศึกษาเปรียบเทียบข้อบทที่สำคัญบางมาตราระหว่าง พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ กับอนุสัญญายูเนสโก พร้อมทั้งผู้เขียนจะได้เสนอความเห็น บางประการเกี่ยวกับข้อบทของอนุสัญญาฯ 2001 เหล่านั้นด้วย อย่างไรก็ตามยังมีอีกหลายข้อบทที่ยังไม่ได้นำมาวิเคราะห์ในบทความนี้

2. นิยามความหมายของคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ”

อนุสัญญายูเนสโกได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ” หมายถึง “ร่องรอยที่มีอยู่ของมนุษย์ทั้งหมดมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะดำรงอยู่ได้น้ำโดยมีช่วงเวลาหรืออย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 100 ปี อาทิ ที่ตั้งของเมือง โครงสร้าง ตัวอาคาร สิ่งประดิษฐ์และซากศพมนุษย์ รวมไปถึงวัตถุทางโบราณคดี และทางธรรมชาติในทรัพย์สินเช่นว่านั้น และอนุสัญญายังหมายความว่า รวมถึงเรือ อากาศยาน ยานพาหนะ อื่นๆ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสินค้าหรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในระวางเรือหรือวัตถุทางโบราณคดีและทางธรรมชาติและวัตถุต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นวัตถุที่มีมาก่อนประวัติศาสตร์ แต่อย่างไรก็ตาม ท่อและสายเคเบิลที่ถูกวางไว้ใต้ทะเลก็ดี หรือแม้แต่ท่อและสายเคเบิลอื่นใดที่ยังคงใช้งานอยู่ใต้ท้องทะเล หากได้ถือว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำตามความหมายในอนุสัญญานี้แต่อย่างใดไม่”⁵

⁴พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504, มาตรา 3 (1).

⁵เกียรติพร อำไพ, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ในเขตทางทะเลของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2556), หน้า 189.

จากนิยามดังกล่าวเห็นว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำภายใต้อนุสัญญายูเนสโกประกอบด้วยสองหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านระยะเวลาของการจมอยู่ใต้น้ำ 100 ปี และหลักเกณฑ์ด้านคุณลักษณะของวัตถุที่ต้องประกอบด้วยลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี นอกจากนี้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตามมาตรานี้ยังครอบคลุมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่ครอบคลุมถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง (intangible)

2.1 หลักเกณฑ์ด้านระยะเวลาการจมของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

หลักเกณฑ์ว่าด้วยระยะเวลาของการจมน้ำนั้นได้มีการใช้ในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญายูเนสโกแล้ว เช่น อนุสัญญาว่าด้วยวิธีการในการห้ามและป้องกันการนำเข้า การส่งออกและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ค.ศ.1970 (The 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970),⁶ และอนุสัญญาโรบว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ค.ศ.1985 (The European Convention on Offences relating to Cultural Property 1985)⁷ เป็นต้น แต่เกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักการทางโบราณคดีหรือประวัติศาสตร์แต่อย่างใด เนื่องจากในทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี วัตถุที่จมอยู่ใต้น้ำไม่ถึง 100 ปีก็อาจมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีได้⁸

อย่างไรก็ตามเกณฑ์ด้านระยะเวลาในอนุสัญญายูเนสโกถือว่ามิประโยชน์อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่

1) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการอ้างกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมน้ำเกินกว่า 100 ปีนั้น น่าจะนานพอที่จะสันนิษฐานว่าเจ้าของได้สละกรรมสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นแล้ว แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมอยู่ในน้ำเกินกว่า 100 ปี จะไม่สามารถพิสูจน์ความเป็นเจ้าของได้ และ

⁶The UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, Article 1 (e), (k).

⁷The European Convention on Offences relating to Cultural Property 1985, Appendix II. Para, 1.

⁸Zhang Xianglan and Zhu Qiang, “Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage,” *China Oceans Law Review* 1 (2006): 451.

2) เพื่อแยกมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำออกจากขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการก้ำกัย และกฎหมายว่าด้วยการค้นพบ เนื่องจากแม้ประเทศส่วนใหญ่จะมีแนวทางบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการก้ำกัยกับเรือเพื่อช่วยเหลือเรือที่อยู่ในอันตรายเท่านั้นไม่ครอบคลุมไปถึงมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ แต่บางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) พยายามขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับเรือที่จมอยู่ใต้น้ำเป็นระยะเวลายาวนานด้วย⁹ โดยกลุ่มประเทศเหล่านี้ อ้างว่าการที่มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำจมอยู่ใต้น้ำเป็นเวลานานอาจได้รับความเสียหายได้เช่นกัน หากไม่มีการเก็บกู้ขึ้นมารักษา อย่างไรก็ตามข้ออ้างดังกล่าว ได้รับการคัดค้านจากนักโบราณคดีเป็นอย่างมาก เนื่องจากมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่จมอยู่ใต้น้ำเป็นเวลานานสามารถปรับสมดุลกับสิ่งแวดล้อมได้ทองทะเลได้ ดังนั้น จึงไม่มีอันตรายกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้นอีกต่อไป¹⁰

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ร่างอนุสัญญายูเนสโกจึงมุ่งที่จะแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกลุ่มประเทศที่บังคับใช้กฎหมายการก้ำกัยกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำกับประเทศที่มีได้บังคับใช้กฎหมายการก้ำกัยกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ โดยนำเกณฑ์ระยะเวลาการจมของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ 100 ปีมาเป็นจุดแบ่งให้บังคับใช้กฎหมายการก้ำกัยเฉพาะกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่จมน้ำไม่เกิน 100 ปี เท่านั้น

2.2 หลักเกณฑ์ด้านคุณลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ

ในขณะร่างอนุสัญญายูเนสโกนั้น กลุ่มประเทศคอมมอน ลอว์ พยายามเสนอให้ใช้แนวทางการคุ้มครองเฉพาะวัตถุที่กำหนดไว้เท่านั้น (Selective approach) กล่าวคือ ต้องเป็นวัตถุที่มีความสำคัญจริงๆ เท่านั้นถึงจะให้การคุ้มครอง ในทางกลับกันกลุ่มประเทศซีวิล ลอว์ เสนอให้ใช้แนวทางป้องกันแบบขยาย (Expansive Approach) กล่าวคือ ต้องให้ความคุ้มครองแก่วัตถุทุกชิ้นที่มีอายุตามที่กำหนด ซึ่งเรียกแนวทางนี้ว่า การป้องกันแบบครอบคลุม (Blanket Protection) แต่ท้ายที่สุดเกณฑ์ความสำคัญ (Significance criterion) ได้ถูกนำมาบังคับใช้ โดยวัตถุที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม วัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคตินั้นมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง ไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน ในเรื่องดังกล่าวศาสตราจารย์ Patrich J. O'Keefe เห็นว่าการบัญญัตินิยาม

⁹ Ibid., p. 461.

¹⁰ Ibid., pp. 461-462.

ความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำลักษณะนี้ไม่มีความหมาย เนื่องจากวัตถุที่อยู่ใต้น้ำเกินกว่า 100 ปี ย่อมมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีในตัวเองอยู่แล้ว¹¹

ในส่วนของกฎหมายไทย พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มีขอบเขตการบังคับใช้กับโบราณสถานและโบราณวัตถุ ซึ่งคำว่าโบราณวัตถุและโบราณสถานนี้อาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ” แห่งอนุสัญญายูเนสโกได้

คำว่า “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย และ “โบราณวัตถุ” หมายความว่า สงหาทรัพย์ที่เป็นของโบราณ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งประดิษฐ์หรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ หรือที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการประดิษฐ์หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี¹²

จะเห็นได้ว่านิยามความหมายของคำว่าโบราณสถานและโบราณวัตถุในพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ครอบคลุมทั้งสังหาทรัพย์และอสังหาทรัพย์ แต่ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาการจมน้ำของโบราณวัตถุหรือโบราณสถาน นอกจากนั้นพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ได้กำหนดลักษณะทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย

ดังนั้น ในประเด็นเรื่องนิยามความหมายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่กฎหมายไทยได้ให้การคุ้มครองมีลักษณะกว้างกว่าอนุสัญญายูเนสโก แต่มีข้อจำกัดอยู่ประการหนึ่ง ได้แก่ ลักษณะของโบราณวัตถุไทยไม่ครอบคลุมถึงวัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวอาจต้องดำเนินการเพิ่มเติมลักษณะทางวัฒนธรรมเข้าไปในนิยามความหมายของคำว่าโบราณวัตถุและโบราณสถานด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาข้อถกเถียงในการบังคับใช้กฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เนื่องจากนิยามความหมายของคำว่าโบราณสถานหรือโบราณวัตถุตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มิได้กำหนดเกณฑ์ระยะเวลาไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นอนุสัญญายูเนสโก

ในส่วนของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกู้ภัยกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้น คงไม่เป็นปัญหาสำหรับประเทศไทย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ.2550

¹¹Patrick O' Keefe, *Shipwreck Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage* (Great Britain: Institute of Art and Law, 2002), p. 43.

¹²พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504, มาตรา 4.

มาตรา 4 ได้กำหนดให้การช่วยเหลือกู้ภัย หมายความว่า “การกระทำหรือกิจกรรมใดที่ได้กระทำขึ้นเพื่อช่วยเหลือเรือหรือทรัพย์สินอย่างอื่นซึ่งประสบอันตรายในทะเลหรือน่านน้ำใดๆ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ไม่ครอบคลุมถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อย่างไรก็ตามประเทศไทยอาจนำนิยามความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในอนุสัญญาเนสโกมาปรับใช้ กล่าวคือ ใช้หลักเกณฑ์ระยะเวลาการจมน้ำ 100 ปี แต่มีข้อยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้วัตถุหรือสถานที่ที่จมน้ำระยะเวลาน้อยกว่า 100 ปี เป็นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ หากเห็นว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นมีความสำคัญดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศมาเลเซียก็ได้¹³ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาเนสโก เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ นอกจากจะคุ้มครองครอบคลุมมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตามนิยามคำว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในอนุสัญญาเนสโกแล้ว ยังคุ้มครองถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำอื่นที่มีความสำคัญแต่ไม่ได้อยู่ภายใต้อนุสัญญาเนสโกอีกด้วย กล่าวได้ว่ามีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่าอนุสัญญาเนสโกนั่นเอง

3. เขตอำนาจในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อนุสัญญาเนสโกถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตทะเลต่างๆ เช่น น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขต น่านน้ำหมู่เกาะ เขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีปและบริเวณพื้นที่ หากแต่ไม่ได้กล่าวถึงการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมในทะเลหลวงไว้แต่ประการใด ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่างๆ ระหว่างอนุสัญญาเนสโกและกฎหมายไทย

3.1 น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตและน่านน้ำหมู่เกาะ

โดยทั่วไปรัฐชายฝั่งย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือ น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะ¹⁴ ในขณะที่อนุสัญญากฎหมายทะเลได้รับรองความคุ้มกันโดยสมบูรณ์แก่เรือรบและเรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การ

¹³Malaysian National Heritage Act 2005, Section 63 (1).

“Where the Commissioner is of the opinion that any UCH is situated in Malaysian waters is of cultural heritage significance but less than one hundred years old, he shall advise the Minister and the Minister may by notice published in the Gazette declare the site or object to be a UCH.”

¹⁴The LOSC, Article 2 (1)-(2).

พาณิชย์ มีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้ว เรือรบจะได้รับความคุ้มกันโดยไม่จำกัดพื้นที่¹⁵ แต่เรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์จะได้รับความคุ้มกันต่อเมื่ออยู่ในทะเลหลวง (The High Seas) เท่านั้น¹⁶

อย่างไรก็ตามยังมีข้อสงสัยว่าในกรณีที่เรือรบหรือเรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์ซึ่งจมอยู่ในเขตน่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะของรัฐอื่น เรือรบ เรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์จะได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลอยู่หรือไม่ ในประเด็นนี้นักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าเมื่อเรือที่จมอยู่ในน่านน้ำไม่มีสถานะเป็นเรืออีกต่อไป จึงไม่ได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁷ ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่าเรือที่จมอยู่ใต้น้ำยังคงมีสถานะเป็นเรือรบหรือเรือทางการอยู่เหมือนเดิมและย่อมต้องได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁸

ประเด็นนี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันเป็นอย่างมากในขณะร่างอนุสัญญายูเนสโก¹⁹ และท้ายที่สุดอนุสัญญายูเนสโกได้ประนีประนอมสองความเห็นดังกล่าวโดยยืนยันสิทธิของรัฐชายฝั่งว่ารัฐชายฝั่งมีสิทธิในการออกกฎหมายและอนุญาตให้ดำเนินการที่มีผลโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตน่านน้ำภายใน น่านน้ำหมู่เกาะและทะเลอาณาเขต²⁰ ในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายูเนสโกจะต้องไม่ถูกตีความให้ขัดต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity) เหนือเรือหรือเรือบิน²¹

¹⁵The LOSC, Article 95.

¹⁶The LOSC, Article 96.

¹⁷Lucius Calflisch, "Submarine Antiquities and the International Law of the Sea," *Netherlands Yearbook of International Law* 13, 4 (July 2009): 32.

¹⁸William Riphagen, "Some reflections on "functional sovereignty"," *Netherlands Yearbook of International Law* 6, 6 (December 1975): 128.

¹⁹Sarah Dromgoole and Nicholas Gaskell, "Draft UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 1998," *International Journal of Marine and Coastal Law* 14, 2 (January 1999): 183-184.

²⁰The 2001 UNESCO Convention, Article 7 (1).

²¹The 2001 UNESCO Convention, Article 2 (8).

"Consistent with State practice and international law, including the United Nations Convention on the Law of the Sea, nothing in this Convention shall be interpreted as modifying

และในกรณีที่มีการค้นพบเรือหรือเรือบินของรัฐทางการของรัฐในทะเลอาณาเขตและน่านน้ำหมู่เกาะ (ไม่รวมถึงน่านน้ำภายใน) รัฐชายฝั่งจะต้องแจ้งการค้นพบนั้นแก่รัฐภาคีเจ้าของธง (Flag State Party) และรัฐภาคีอื่นใดซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีความเชื่อมโยง (States with a verifiable link) ในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี โดยคำนึงถึงเอกลักษณ์ของเรือและเครื่องบินของรัฐ เช่นว่านั้นด้วย เพื่อความร่วมมือในวิธีการที่ดีที่สุดในการป้องกันเรือหรือเครื่องบินนั้น²²

ประเทศไทยได้ประกาศอำนาจอธิปไตยเหนือน่านน้ำภายในและทะเลอาณาเขตรวมตลอดถึงห้วงอากาศเหนือทะเลอาณาเขตพื้นท้องทะเลและแผ่นดินใต้พื้นท้องทะเลของทะเลอาณาเขต หนึ่งทะเลอาณาเขตของประเทศไทยจะมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเลโดยวัดจากเส้นฐานที่ใช้สำหรับวัดความกว้างของทะเลอาณาเขต²³ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยมิได้บัญญัติให้ผู้ค้นพบมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในน่านน้ำภายในหรือทะเลอาณาเขตต้องแจ้งการค้นพบให้แก่หน่วยงานของรัฐ และมีได้กำหนดให้ประเทศไทยมีหน้าที่ต้องแจ้งการค้นพบเรือหรือเรือบินทางการของรัฐอื่นที่ถูกค้นพบในทะเลอาณาเขตของไทยให้แก่รัฐธงเรือหรือรัฐภาคีอื่นใดซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีความเชื่อมโยงทราบอีกด้วย

อย่างไรก็ตามมาตรา 29 แห่งอนุสัญญาอนุสัญญาให้รัฐหรือดินแดนทำคำประกาศพร้อมให้เหตุผลว่าจะไม่บังคับใช้ออนุสัญญาอนุสัญญาในดินแดน น่านน้ำภายใน น่านน้ำหมู่เกาะหรือทะเลอาณาเขตก็ได้ โดยต้องกำหนดเงื่อนไขที่สอดคล้องกับอนุสัญญาอนุสัญญาว่าด้วยการไม่บังคับใช้ออนุสัญญานี้และจะถอนคำประกาศนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว²⁴

3.2 เขตต่อเนื่อง

ในขณะที่ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ผู้แทนจากประเทศกรีซ ได้เสนอให้ขยายเขตอำนาจของรัฐชายฝั่งว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้นำไปจนถึง 200 ไมล์ทะเล แต่ข้อเสนอนี้ได้รับการคัดค้านจากประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเนเธอร์แลนด์ว่า ข้อเสนอดังกล่าวให้สิทธิที่ไม่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติแก่รัฐชายฝั่งเหนือเขตไหล่ทวีป ซึ่งอาจเป็นการบุกรุกเบิกเส้นทางให้รัฐชายฝั่งสำหรับขอยกเว้นอื่นๆ เป็นการคับคูลานเขต

the rules of international law and State practice pertaining to sovereign immunities, nor any State's rights with respect to its State vessels and aircraft.”

²²The 2001 UNESCO Convention, Article 7 (3).

²³ประเทศไทยประกาศกำหนดความกว้างของทะเลอาณาเขต ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2509.

²⁴The 2001 UNESCO Convention, art 29.

อำนาจ (Creeping Jurisdiction) และท้ายที่สุดจะทำให้รัฐชายฝั่งมีอำนาจเต็มเหนือไหล่ทวีป²⁵ ท้ายที่สุดอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลได้บรรจุข้อบทเพียง 2 มาตราเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ได้แก่ มาตรา 149 และมาตรา 303

มาตรา 303 วรรค 2²⁶ กำหนดให้รัฐชายฝั่งสามารถสันนิษฐานได้ว่าการเคลื่อนย้ายวัตถุซึ่งมีลักษณะทางโบราณคดีและทางประวัติศาสตร์ออกจากพื้นดินท้องทะเลในเขตต่อเนื่องโดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากรัฐชายฝั่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 กล่าวคือ กฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับศุลกากร การคลัง การเข้าเมืองหรือการสุขาภิบาล ภายในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งนั้น²⁷ อย่างไรก็ตามมีข้อพึงสังเกตว่ามาตรา 33 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลนั้นกำหนดให้รัฐชายฝั่งมีอำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับศุลกากร การคลัง การเข้าเมือง หรือการสุขาภิบาลภายในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของตนเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำความผิดในเขตต่อเนื่อง ดังนั้น รัฐชายฝั่งจึงไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับความผิดตามกฎหมายทั้งสี่ในเขตต่อเนื่อง หากแต่มีเพียงอำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษเท่านั้น²⁸ กรณีจึงเป็นที่สงสัยได้ว่ารัฐชายฝั่งจะมีอำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้ผู้ขนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องของตนเป็นความผิดหรือมีเพียงแต่อำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษผู้ที่เคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นมาตราดังกล่าวยังใช้เฉพาะกับการขนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่อง ไม่รวมถึงการกระทำอื่นๆ แม้จะมีผลกระทบต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นก็ตาม

เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนของมาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล มาตรา 8²⁹ แห่งอนุสัญญายูเนสโกได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเพื่อยืนยันว่ารัฐชายฝั่ง

²⁵Lucius Calflisch, op. cit., p. 17.

²⁶The LOSC, Article 303 (2).

“In order to control traffic in such objects, the coastal State may, in applying article 33, presume that their removal from the seabed in the zone referred to in that article without its approval would result in an infringement within its territory or territorial sea of the laws and regulations referred to in that article.”

²⁷Sarah Dromgoole, op. cit., p. 34.

²⁸Ibid., p. 250.

²⁹The 2001 UNESCO Convention, Article 8.

“Without prejudice to and in addition to Articles 9 and 10, and in accordance with Article 303, paragraph 2, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, States Parties

อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องได้ อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวยังคงมีข้อสงสัย 2 ประการ ได้แก่

1) มาตราดังกล่าวได้อ้างถึงมาตรา 9 และ 10 แห่งอนุสัญญายูเนสโกว่า “โดยไม่มีผลกระทบและนอกเหนือจากมาตรา 9 และ 10 (without prejudice to and in addition to Article 9 and 10)” ข้อความนี้ทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่า จะปรับใช้มาตรา 8 ร่วมกับมาตรา 9 และ 10 ได้อย่างไร อย่างไรก็ตามข้อความดังกล่าวอาจถูกตีความว่ามาตรา 8 จะใช้ในกรณีที่รัฐมีการประกาศเขตต่อเนื่อง ภายหลังจากที่ผ่านการดำเนินการตามมาตรา 9 และ 10 มาแล้วเท่านั้น หากรัฐชายฝั่งไม่ได้ประกาศเขตต่อเนื่องมาตรา 8 ก็ไม่อาจถูกนำมาปรับใช้³⁰

2) มาตราดังกล่าวได้อ้างถึงมาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ซึ่งมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงเฉพาะการเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเท่านั้น แต่มาตรา 8 แห่งอนุสัญญายูเนสโกได้กล่าวถึงกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ จะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้มาตรา 8 แห่งอนุสัญญายูเนสโกจะกว้างกว่ามาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ดังนั้น จึงยังเป็นที่ถกเถียงกันว่ารัฐชายฝั่งจะใช้เขตอำนาจในเขตต่อเนื่องได้แค่ไหน อย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่ามาตราดังกล่าวควรถูกปรับใช้ในกิจกรรมเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเท่านั้น³¹

ประเทศไทยได้ประกาศเขตต่อเนื่องความกว้าง 24 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2538³² ให้ราชอาณาจักรไทยมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษการละเมิดกฎหมายและระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการศุลกากร การคลัง การเข้าเมือง หรือสาธารณสุข ที่จะกระทำหรืออาจจะกระทำภายในราชอาณาจักรหรือทะเลอาณาเขตของราชอาณาจักร แต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าประเทศไทยจะใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือให้อนุญาตในการเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำออกจากเขตต่อเนื่องของตน

may regulate and authorize activities directed at underwater cultural heritage within their contiguous zone. In so doing, they shall require that the Rules be applied.”

³⁰Markus Rau, “The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 413.

³¹Eke Boesten, *Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters: Public International Law and What It Offers* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2002), p. 59.

³²ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 112 ตอนที่ 69 ง (29 สิงหาคม 2539).

3.3 เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ดังนั้น จึงเกิดเป็นช่องว่างทางกฎหมายสำหรับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ด้วยเหตุดังกล่าววัตถุประสงค์หนึ่งของการจัดทำอนุสัญญาเเนสโกก็เพื่ออุดช่องว่างความบกพร่องดังกล่าว

ในขณะที่ร่างอนุสัญญาเเนสโกประเด็นเรื่องเขตอำนาจรัฐชายฝั่งในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ถูกนำมาถกเถียงกันอย่างกว้างขวางอีกครั้ง เหมือนกับการฉายละครรอบที่สองท้ายที่สุดอนุสัญญาเเนสโก จึงได้ประណอมความขัดแย้งของทั้งสองฝั่งโดยการสร้างระบบการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปผ่านกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศ ได้แก่ ระบบรัฐผู้ประสาน (Coordinating State System) ระบบรัฐผู้ประสานประกอบด้วยสามขั้นตอนหลัก ได้แก่

1) ขั้นตอนการแจ้งและรายงาน

รัฐภาคีต้องเรียกร้องให้คนชาติหรือผู้ควบคุมเรือสัญชาติตนรายงานการค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปของตน³³ ของรัฐอื่น³⁴ หรือในเขตพื้นที่ให้ตนทราบ ในกรณีที่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปของรัฐอื่น รัฐอาจเรียกร้องให้คนชาติหรือผู้ควบคุมเรือสัญชาติตนรายงานดังกล่าวต่อ 1) รัฐเจ้าของธงและต่อรัฐชายฝั่งที่เป็นภาคี³⁵ หรือ 2) รัฐเจ้าของธงและรัฐเจ้าของธงจะต้องกระจายรายงานนั้นไปยังรัฐภาคีอื่นทั้งหมด³⁶ และต้องแจ้งรายงานดังกล่าวไปยังผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกด้วย³⁷ เมื่อรัฐต่างๆ ได้รับแจ้งการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมดังกล่าวข้างต้นแล้ว หากรัฐนั้นมีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้โดยเฉพาะด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้น อาจแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมปรึกษาหารือวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพต่อรัฐชายฝั่ง³⁸

³³The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (a).

³⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b).

³⁵The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b) (i).

³⁶The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b) (ii).

³⁷The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (3).

³⁸The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (5).

2) ขั้นตอนการปรึกษาหารือ

รัฐชายฝั่งที่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือบนเขตไหล่ทวีปของตนต้องปรึกษาหารือกับรัฐภาคีทั้งหมดที่ได้ประกาศความสนใจว่าด้วยวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ดีที่สุด³⁹ และดำเนินการประสานงานการปรึกษาหารือกันในฐานะรัฐผู้ประสานวันแต่จะได้ประกาศโดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่ประสงค์จะดำเนินการเช่นนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าว รัฐที่ได้ประกาศความสนใจจะแต่งตั้งรัฐผู้ประสาน⁴⁰

กล่าวได้ว่า หากเป็นการค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีป โดยทั่วไปรัฐผู้ประสาน ได้แก่ รัฐชายฝั่ง วันแต่รัฐชายฝั่งไม่ประสงค์จะดำเนินการ รัฐผู้ประสานจะเป็นรัฐที่ประกาศความสนใจ หากเป็นการค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่ (the Area) รัฐผู้ประสาน ได้แก่ รัฐที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโก

3) ขั้นตอนดำเนินการ

รัฐผู้ประสานมีหน้าที่ต้อง 1) บังคับใช้มาตรการป้องกันตามที่ได้ตกลงกัน⁴¹ 2) ต้องออกใบอนุญาตสำหรับการดำเนินการตามมาตรการที่ได้ตกลงกัน⁴² และอาจดำเนินการวิจัยเบื้องต้นที่จำเป็นเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและออกใบอนุญาตเหล่านั้นโดยจะต้องแจ้งให้ผู้อำนวยความสะดวกการยูเนสโกทราบถึงผลโดยทันที⁴³ ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่มีอันตรายฉับพลันแก่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำรัฐผู้ประสานอาจใช้มาตรการที่ปฏิบัติได้หรืออนุญาตให้ดำเนินการก่อนการปรึกษาหารือก็ได้⁴⁴ โดยการกระทำของรัฐผู้ประสานทั้งหมดจะเป็นการดำเนินการในนามของรัฐภาคีทั้งหมดไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของรัฐผู้ประสานโดยส่วนตัว⁴⁵

ในส่วนของการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย แต่เดิมพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มิได้บัญญัติขอบเขตการใช้บังคับไว้ แต่ในขณะนั้นก็สามารถอนุมานได้ว่าพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ไม่อาจถูกบังคับใช้นอกเหนือจากทะเลอาณาเขตได้ โดยมาตรา 24 (เดิม) แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ บัญญัติเพียงว่า “โบราณวัตถุ

³⁹The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (3) (a).

⁴⁰The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (3) (b).

⁴¹The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (a).

⁴²The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (b).

⁴³The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (c).

⁴⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (4).

⁴⁵The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (6).

หรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งอยู่ ณ ที่ใดๆ...” จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์เรือสัญชาติออสเตรเลีย ชื่อว่า ออสเตรเลียไทด์ Australia Tide ได้เข้ามาลักลอบขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของไทย ในบริเวณอ่าวไทย ในปี พ.ศ.2535 จนเกิดประเด็นโต้เถียงกันว่าประเทศไทยจะสามารถใช้สิทธิหวงกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตนได้หรือไม่ เหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้ประเทศไทยได้ปรับปรุงแก้ไขมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ในปี พ.ศ.2542 ว่า “โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งไว้ในราชอาณาจักรหรือในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ...” ทำให้ปัจจุบันนี้เป็นอันเข้าใจได้ว่าพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มีขอบเขตบังคับใช้จนถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยด้วย อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวมิได้กล่าวถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตไหล่ทวีป ดังนั้น มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในดินใต้ผิวดินของบริเวณใต้ทะเล (subsoil of the submarine areas) ย่อมไม่อยู่ในบังคับของมาตรานี้

นอกจากนั้นมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ยังมีได้กำหนดให้บุคคลผู้ค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำแจ้งการค้นพบหรือเจตนาขึ้นแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หากแต่เพียงกำหนดเพียงให้ผู้เก็บได้ต้องส่งมอบแก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจแล้วมีสิทธิจะได้รับรางวัลไม่เกินหนึ่งในสามแห่งค่าของทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายอื่นๆ ของไทยได้กำหนดให้บุคคลบางกลุ่มเท่านั้นที่ต้องรายงานการค้นพบโบราณวัตถุให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้ผู้รับสัมปทานที่พบโบราณวัตถุ ชากดักดำบรรพในขณะทำการสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม ต้องรายงานให้กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันพบ⁴⁶ หรือพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2560 กำหนดให้ผู้ถืออาชญาบัตรหรือผู้ถือประทานบัตรแจ้งการพบโบราณวัตถุหรือชากดักดำบรรพในขณะทำการสำรวจแร่หรือการทำเหมืองต่อเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่โดยพลัน⁴⁷

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ากฎหมายภายในของประเทศไทยยังไม่เอื้ออำนวยต่อการปรับใช้มาตรารัฐผู้ประสานตามมาตรา 9 และ 10 แห่งอนุสัญญายูเนสโก

⁴⁶ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2516, มาตรา 73.

⁴⁷ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2560, มาตรา 34.

3.4 บริเวณพื้นที่⁴⁸

รัฐภาคีมีพันธกรณีต้องป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในบริเวณพื้นที่ซึ่งสอดคล้องกับ มาตรา 149 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล เมื่อคนชาติหรือเรือที่ชักธงสัญชาติของรัฐใดค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในบริเวณพื้นที่ รัฐนั้นต้องเรียกร้องให้คนชาติหรือนายเรือแจ้งการค้นพบหรือกิจกรรมนั้นให้แก่ตน⁴⁹ หลังจากนั้นรัฐภาคีดังกล่าวต้องรายงานการค้นพบหรือกิจกรรมนั้นต่อไปยังผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกและเลขานุการองค์การพื้นดินท้องทะเลระหว่างประเทศ⁵⁰ และผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกจะทำการกระจายรายงานดังกล่าวไปยังรัฐภาคีอื่นๆ⁵¹

ต่อจากนั้นผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกจะเชิญรัฐที่แสดงความสนใจที่จะเข้าร่วม ศึกษาหาหรือวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพและเลขานุการองค์การพื้นดินท้องทะเลและแต่งตั้งรัฐหนึ่งรัฐใดให้เพื่อดำเนินการประสานการศึกษหาหรือในฐานะรัฐผู้ประสาน⁵² ในกรณีที่มรดกทางวัฒนธรรมได้นำตกอยู่ในภาวะอันตรายอย่างยิ่งรัฐภาคีทั้งหมดอาจใช้มาตรการป้องกันก่อนจะมีการศึกษาหาหรือก็ได้⁵³

ในส่วนของกฎหมายไทย พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ไม่ได้กำหนดให้บุคคลที่ค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในบริเวณพื้นที่ต้องรายงานให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ อีกทั้งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 (แก้ไขล่าสุด พ.ศ.2560) ได้กำหนดแต่เพียงให้นายเรือบางประเภทต้องแจ้งต่อเจ้าท่าเมื่อเข้ามาในน่านน้ำไทย⁵⁴ ให้ทราบถึงวันที่เรือมาถึง ชื่อเรือ ธงชาติของเรือ ประเภทของเรือ ขนาดของเรือ ชื่อนายเรือ เรือมาจากไหน มาขึ้นแก่ผู้ใด ประเภทสินค้าที่บรรทุกมาในเรือ จำนวนคนประจำเรือ เป็นต้น แต่ไม่ต้องรายงานการค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในบริเวณพื้นที่แต่อย่างใด

ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโกในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือมรดกทางวัฒนธรรมได้นำ ประเทศไทยคงต้องดำเนินการแก้ไข

⁴⁸ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982, มาตรา 1 “บริเวณพื้นที่” หมายถึง พื้นดินท้องทะเลและพื้นมหาสมุทรและดินใต้ผิวดินที่พื้นขอบเขตของเขตอำนาจแห่งชาติ.

⁴⁹ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 1.

⁵⁰ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 2.

⁵¹ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 3.

⁵² The 2001 UNESCO Convention, Article 12 para 2.

⁵³ The 2001 UNESCO Convention, Article 12 para 3.

⁵⁴ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456, มาตรา 17-18.

โดย 1) ต้องกำหนดให้ผู้ค้นพบหรือมีเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อวัตถุที่น่าเชื่อว่ามีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ โบราณคดีและวัฒนธรรมไม่ว่าที่ใดในทะเลแจ้งการค้นพบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่มีชักช้า 2) ต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องรายงานการค้นพบเรือที่ใช้ในทางราชการของรัฐอื่นให้รัฐที่เกี่ยวข้องทราบ 3) ต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าประเทศไทยมีอำนาจในการตรากฎหมายและอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องได้ และ 4) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการในฐานะรัฐผู้ประสานตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9-12 แห่งอนุสัญญายูเนสโกดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

มีปัญหาที่พึงต้องพิจารณาต่อไปคือการใช้เขตอำนาจตามอนุสัญญายูเนสโกนี้จะเป็นการขัดต่อบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลหรือไม่อย่างไร ดังที่เห็นได้จากการที่รัฐมหาอำนาจทางทะเลไม่ยอมเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกเนื่องจากการขยายเขตอำนาจให้รัฐชายฝั่ง ดังที่เรียกว่าเป็นการคืบคลานเขตอำนาจ (Creeping Jurisdiction)

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาทางปฏิบัติรัฐต่างๆ จะเห็นได้ว่ารัฐต่างๆ ได้ขยายเขตอำนาจของตนในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนอกเหนือจากทะเลอาณาเขต⁵⁵ และในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลก็ได้จำกัดอำนาจของรัฐชายฝั่งเฉพาะแต่ที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญากฎหมายทะเลเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากมาตรา 59 ซึ่งได้รับรองการใช้สิทธิของรัฐชายฝั่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากฎหมายทะเล แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐชายฝั่งกับรัฐอื่นๆ จากการใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่ง จะพึงได้รับการระงับข้อขัดแย้งบนมูลฐานแห่งความเที่ยงธรรม และโดยพิจารณาถึงสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสำคัญตามลำดับของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายต่างๆ รวมทั้งประชาคมระหว่างประเทศโดยส่วนรวม ดังนั้น เมื่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชาติทั้งหมด ไม่ใช่ประโยชน์แต่เพียงรัฐหนึ่งรัฐใด การใช้อำนาจในการอนุรักษ์ป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจึงได้รับการรับรองเป็นพิเศษ ด้วยเหตุดังกล่าว ในสถานการณ์ปัจจุบัน การใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่งในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปจึงอาจกระทำได้ และหากเกิดข้อพิพาทจากการใช้เขตอำนาจดังกล่าว รัฐชายฝั่งก็ยังสามารถอ้างข้อโต้แย้งได้

⁵⁵ Mariano J. Aznar, "The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone," *The International Journal of Marine Coastal Law* 29, 1 (March 2014): 1-51.

4. กรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

ในระหว่างยกร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลและอนุสัญญายูเนสโกได้มีการถกเถียงกันในเรื่องปัญหาการจัดการกรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ได้รับรองสิทธิของเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ระบุตัวได้ (identifiable owners) ว่าจะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการปรับใช้บทบัญญัติมาตรานี้⁵⁶ อย่างไรก็ตามยังเป็นที่สงสัยว่ามาตราดังกล่าวจะครอบคลุมจะคุ้มครองกรรมสิทธิ์เหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของประเทศอื่นด้วยหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติความขัดแย้งระหว่างรัฐชายฝั่งและรัฐเจ้าของเรือที่จมอยู่ในทะเลอาณาเขตได้รับการระงับผ่านความตกลงสองฝ่าย เช่น the V.O.C shipwreck Batavia 1972, the CSS Alabama 1989, the La Belle wreck 2003⁵⁷ ส่วนในบริเวณพื้นที่ปัญหากรรมสิทธิ์เหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้รับการแก้ปัญหาทางอ้อมผ่านแนวความคิดที่ว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจะได้รับการสงวนหรือนำไปจัดการเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติทั้งมวลและต้องคำนึงเป็นพิเศษถึงบุริมสิทธิของรัฐหรือประเทศซึ่งเป็นต้นกำเนิดหรือรัฐซึ่งเป็นต้นกำเนิดทางวัฒนธรรม หรือรัฐซึ่งเป็นต้นกำเนิดทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีด้วย⁵⁸ แต่ในเรื่องบุริมสิทธิของรัฐนั้นยังไม่อาจระบุได้ว่าจะให้รัฐใดมีสิทธิที่สุดระหว่างรัฐที่เป็นต้นกำเนิด รัฐที่เป็นต้นกำเนิดทางวัฒนธรรมหรือรัฐที่เป็นต้นกำเนิดทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี

ในขณะที่ยกร่างอนุสัญญายูเนสโกแรกเริ่มได้มีการเสนอให้บังคับใช้อนุสัญญายูเนสโกกับมรดกทางวัฒนธรรมที่ถูกละทิ้งจากเจ้าของแล้วเท่านั้น แต่ในที่ประชุมไม่สามารถหาข้อยุติได้ว่าพหุติการณ์เช่นไรจะถือเป็นการละทิ้งมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ดังนั้น อนุสัญญายูเนสโกจึงได้ละประเด็นดังกล่าวไว้และไม่บัญญัติข้อบทใดๆ เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อย่างไรก็ตามอนุสัญญายูเนสโกได้นำแนวความคิดของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลมาปรับใช้ เช่น ประการแรก อนุสัญญายูเนสโกรับรองว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจะต้องได้รับการสงวนหรือจัดการเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติและ ประการที่สอง อนุสัญญายูเนสโก

⁵⁶The LOSC, Article 303 (3).

⁵⁷LIU Lina, *Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area* [Online], available URL: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/ChinaUCHintheArea.pdf>, 2018 (January, 19).

⁵⁸The LOSC, Article 149.

รับรองสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้ (verifiable link) กับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์ ไว้ในหลายกรณี เช่น 1) อาจได้รับเชิญให้เข้าร่วมในความตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีที่จัดทำขึ้นโดยรัฐภาคีสำหรับอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ⁵⁹ 2) ได้รับแจ้งการค้นพบเรือหรือเรือบินของทางการที่ถูกค้นพบในทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะของรัฐอื่น⁶⁰ 3) ได้รับแจ้งการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีปและบริเวณพื้นที่และ 4) มีสิทธิแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมปรึกษาหารือวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามอนุสัญญายูเนสโกมิได้กำหนดให้รัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้กับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์มีบุริมสิทธิเหนือมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำดังเช่นที่ระบุไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลแต่อย่างใด

ในส่วนของกฎหมายไทย มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ กำหนดว่ามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่ไม่สามารถพิสูจน์เจ้าของได้ ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของประเทศไทย อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวไม่ได้รับรองสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้กับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์ ดังนั้น หากมีการค้นพบมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่ไม่อาจพิสูจน์เจ้าของได้ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย แต่มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้นมีความเชื่อมโยงทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีศาสตร์กับประเทศอื่นๆ อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับประเทศนั้นๆ ได้

ผู้เขียนเห็นว่าการที่อนุสัญญายูเนสโกรับรองว่ามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำจะต้องได้รับการสงวนไว้เพื่อมวลมนุษยชาติและสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ เป็นการหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงปัญหากรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำโดยชัดแจ้ง แต่อาจอนุมานได้ว่ารัฐที่มีโอกาสได้เข้าครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำประกอบด้วย รัฐชายฝั่งและรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้น ส่วนกฎหมายของไทยรับรองเพียงสิทธิของรัฐชายฝั่ง ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกประเทศไทยควรผ่อนปรนความเคร่งครัดของมาตราดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปรึกษาหารือร่วมกับรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในด้านต่างๆ และมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะยินยอมให้มรดกทาง

⁵⁹The 2001 Convention, Article 6 (2).

⁶⁰The 2001 Convention, Article 7 (3).

วัฒนธรรมใต้น้ำตกอยู่ในการดูแลของรัฐอื่น โดยที่ประเทศไทยสามารถเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นในอนาคตได้

5. หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ทางการค้า

การไม่แสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นมีทั้งแนวคิดที่ให้การสนับสนุนและแนวคิดที่ให้การคัดค้าน นักโบราณคดีให้การสนับสนุนหลักการดังกล่าว โดยอ้างว่าข้อมูลทางโบราณคดีไม่ใช่มีเพียงโบราณวัตถุชิ้นใดชิ้นหนึ่ง หากแต่ข้อมูลที่สมบูรณ์จะได้มาจากโบราณวัตถุทั้งหมดที่อยู่ ณ ที่แห่งนั้น ตลอดจนบริบทข้างเคียง ซึ่งจะทำให้แสดงเรื่องราวประวัติศาสตร์ได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น หากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำถูกนำออกขายย่อมจะทำให้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเหล่านั้นไม่ถูกเก็บไว้ในที่เดียวกันและทำให้ประวัติศาสตร์ไม่สมบูรณ์⁶¹ และหากการขุดค้นโบราณวัตถุใต้น้ำเป็นไปเพื่อการพาณิชย์แล้ว ผู้ดำเนินการมักจะคำนึงถึงคุณค่าทางด้านเศรษฐกิจเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีของโบราณวัตถุนั้น⁶² ในทางกลับกันบริษัทเอกชนที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขุดค้นและเก็บกู้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำให้การคัดค้านหลักการดังกล่าวโดยอ้างว่างานด้านโบราณคดีใต้น้ำนั้นมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก แต่งบประมาณของรัฐสำหรับงานโบราณคดีโดยทั่วไปจะถูกจำกัด หากมีการร่วมมือกับบริษัทเอกชนจะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวและนักโบราณคดีและบริษัทเอกชนสามารถร่วมงานกันได้⁶³

อนุสัญญาเนสโกได้ให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวและได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (7) ว่าห้ามมิให้แสวงหาผลประโยชน์ทางพาณิชย์กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ⁶⁴ และภาคผนวกแห่งอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้รายละเอียดไว้ว่าการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำสำหรับการค้าหรือการเก็งกำไรหรือการโอนจำหน่ายโดยไม่สามารถเอาคืนมาได้เป็นการขัดต่อการป้องกันและจัดการมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและได้ให้ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ เช่น การค้า การขาย การซื้อหรือการเรียกเปลี่ยนมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

⁶¹Sarah Dromgoole, op. cit., p. 219.

⁶²Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "The Underwater Cultural Heritage: Report of the Committee on Cultural and Education (Rapporteur: Mr John Roper)" Document 4200-E, Strasbourg, 1978, p. 39.

⁶³Sarah Dromgoole, op. cit., p. 220.

⁶⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 2 (7)

"Underwater cultural heritage shall not be commercially exploited."

ดังเช่นสินค้าทางพาณิชย์⁶⁵ ดังนั้น การแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจึงไม่รวมถึงการนำมาใช้ในกิจการต่างๆ ที่ไม่ได้ทำให้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำสูญหายไป เช่น การนำมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำมาแสดงในพิพิธภัณฑ์เพื่อเก็บค่าเข้าชม เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการประนีประนอมแนวคิดที่คัดค้านและสนับสนุนหลักการดังกล่าวอนุสัญญาเนสโกได้กำหนดให้อายุของการจมอยู่ใต้น้ำแห่งมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเป็นที่ตั้งแบ่งแยก กล่าวคือ มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมอยู่ใต้น้ำไม่ถึง 100 ปี อาจถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ได้ และได้เปิดช่องให้รัฐสามารถแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ ภายใต้เงื่อนไขสองประการ ดังนี้

1) เป็นการดำเนินการตามหลักวิชาชีพโบราณคดีและการบริการที่จำเป็นและดำเนินไปโดยสอดคล้องกับข้อบทต่างๆ ในอนุสัญญานี้และต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ และ

2) การจัดการมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำต้องไม่กระทบต่อคุณค่าทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมหรือบูรณภาพ ต้องไม่เป็นผลให้การโอนหรือจำหน่ายโดยไม่อาจติดตามนำกลับมาได้ในอนาคต ต้องดำเนินการโดยสอดคล้องกับข้อบทแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการเก็บรักษามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ได้รับการกู้และต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ จึงสรุปได้ว่าการแสวงหาผลประโยชน์ทางพาณิชย์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นต้องเป็นการดำเนินการไปตามหลักวิชาชีพโบราณคดีและอาจนำกลับมาได้ในอนาคต

⁶⁵ Rule 2 of the Annex to the 2001 UNESCO Convention.

“The commercial exploitation of underwater cultural heritage for trade or speculation or its irretrievable dispersal is fundamentally incompatible with the protection and proper management of underwater cultural heritage. Underwater cultural heritage shall not be traded, sold, bought or bartered as commercial goods.

This Rule cannot be interpreted as preventing:

(a) the provision of professional archaeological services or necessary services incidental thereto whose nature and purpose are in full conformity with this Convention and are subject to the authorization of the competent authorities;

(b) the deposition of underwater cultural heritage, recovered in the course of a research project in conformity with this Convention, provided such deposition does not prejudice the scientific or cultural interest or integrity of the recovered material or result in its irretrievable dispersal; is in accordance with the provisions of Rules 33 and 34; and is subject to the authorization of the competent authorities.”

ในส่วนของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ โบราณวัตถุ ไม่ว่าจะได้ขึ้นทะเบียนแล้วหรือไม่ก็ตามอาจทำการค้าได้หากได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร ตามมาตรา 19 เว้นแต่จะเป็นโบราณวัตถุที่ห้ามทำการค้า ซึ่งอธิบดีกรมศิลปากรเห็นว่าสมควรได้รับการสงวนไว้เป็นสมบัติของชาติ ตามมาตรา 14 วรรค 2 และหากเป็นโบราณวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินและอยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรจะโอนกันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายหรือถ้าโบราณวัตถุและศิลปวัตถุใดมีเหมือนกันอยู่มากเกินต้องการ อธิบดีจะอนุญาตให้โอนโดยวิธีการขายหรือแลกเปลี่ยน เพื่อประโยชน์แห่งพิพิธภัณฑ์สถานแห่งชาติหรือให้เป็นรางวัลหรือเป็นค่าแรงงานแก่ผู้ขุดค้นก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ

ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ อาจสรุปได้ว่า โดยทั่วไปโบราณวัตถุอาจถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร แต่กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้ทำการค้าวัตถุโบราณไว้ดังเช่นข้อยกเว้นแห่งอนุสัญญายูเนสโกแต่อย่างใด และในกรณีโบราณวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรอาจถูกนำออกขายได้หากโบราณวัตถุนั้นมีเหมือนกันเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพื่อเป็นรางวัลหรือค่าแรงงานแก่ผู้ขุดค้น ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญายูเนสโกทั้งหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ทำการค้าวัตถุโบราณและการอนุญาตให้นำวัตถุโบราณที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งอยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรออกขายได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและสอดคล้องกับอนุสัญญายูเนสโก เช่น วัตถุโบราณนั้นต้องได้รับการขุดค้นตามหลักโบราณคดีและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการดำเนินกิจกรรมที่มีผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้นำ และการค้านั้นต้องไม่กระทบต่อคุณค่าทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมหรือบูรณะภาพและอาจติดตามนำกลับมาได้ในอนาคตด้วย

6. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโก ประเทศไทยจะต้องทำการแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวก่อน อาทิเช่น 1) ต้องแก้ไขนิยามความหมายของโบราณสถานและโบราณวัตถุ ให้ครอบคลุมถึงโบราณสถานและโบราณวัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย ในกรณีที่มีได้กำหนดอายุหรือระยะเวลาการจมตัวของมรดกทางวัฒนธรรมได้นำไว้โดยชัดแจ้ง 2) ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในเขตต่อเนื่องของประเทศไทย 3) ต้องกำหนดให้คนชาติหรือ

นายเรือที่ชักธงเรือสัญชาติไทยรายงานการค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ไม่ว่าจะค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมในเขตทะเลใดๆ ก็ตาม 4) ต้องกำหนดให้บุคคลที่ค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ภายในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปของไทยรายงานการค้นพบหรือดำเนินกิจกรรมนั้นต่อเจ้าหน้าที่ของไทยโดยไม่ชักช้า 5) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐภายใต้ระบบรัฐผู้ประสาน 6) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ในการเข้าร่วมปรึกษาหารือเพื่อหาวิธีการดูแลรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ และ 7) ต้องแก้ไขหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการแสวงหาประโยชน์ทางการค้ากับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายูเนสโก

หากประเทศไทยแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อบทของอนุสัญญายูเนสโกตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาข้างต้นจะมีผลดีหลายประการ กล่าวคือ ทำให้ประเทศไทยมีความพร้อมที่จะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกและสามารถร่วมมือกับต่างประเทศในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การใช้กลไกรัฐผู้ประสานร่วมกับรัฐอื่นๆ ในทางกลับกัน การแก้ไขกฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญายูเนสโก จะทำให้ประเทศไทยมีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ

ส่วนแนวทางการอนุวัติการหรือการแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องอนุสัญญายูเนสโก อาจทำได้สองวิธี กล่าวคือ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ดังเช่น ประเทศมาเลเซียและประเทศอินโดนีเซีย กับการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาโดยเฉพาะ เช่น ประเทศจีน (ทั้งจีนแผ่นดินใหญ่และจีนไต้หวัน) และประเทศเวียดนาม อย่างไรก็ตามเนื่องจากการป้องกันรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำมีหลักการและวิธีที่แตกต่างจากมรดกทางวัฒนธรรมบนดิน อีกทั้งอนุสัญญายูเนสโก ยังได้บัญญัติกลไกทางกฎหมายอีกหลายประการซึ่งเป็นมาตรการเฉพาะสำหรับการป้องกันรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประเทศไทยจะตรากฎหมายเพื่อป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ประเทศไทยควรจะตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องดังกล่าว

หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกนอกจากข้อบทต่างๆ ที่ได้ศึกษามาในบทความนี้ ยังมีอีกหลายข้อบทในอนุสัญญายูเนสโกที่จะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์กันอีกต่อไป นอกจากนั้นประเทศไทยจะต้องคำนึงขีดความสามารถทางการเงินและบุคลากรของประเทศไทยที่จะต้องใช้เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญายูเนสโก ตลอดจนต้องคำนึงถึงพันธกรณีที่จะต้องผูกพันกลไกการระงับข้อพิพาทภาคบังคับอีกด้วย

ข้อสังเกตอีกประการ ได้แก่ อนุสัญญายูเนสโกยังไม่เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย ซึ่งเห็นได้จากจำนวนของภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ในปัจจุบันมีเพียง 58 ประเทศที่เข้าเป็นภาคี สาเหตุหลักเนื่องจากยังมีหลายข้อบทที่ยังไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยยังอาจไม่จำเป็นต้องเร่งรีบในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ ดังกล่าว จนกว่าอนุสัญญาดังกล่าวจะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางแล้ว ในทางกลับกันประเทศไทยควรดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายใน ในส่วนของข้อบทที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศแล้ว เช่น หลักเกณฑ์การให้อนุญาตขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ดังที่ระบุไว้ในภาคผนวกแห่งอนุสัญญายูเนสโกและหลักการป้องกันโดยไม่เคลื่อนที่ (Preservation *In Situ*) เป็นต้น

บรรณานุกรม

- เกียรติพร อำไพ. รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตทางทะเลของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2556.
- Aznar, Mariano J. “The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone.” **The International Journal of Marine Coastal Law** 29, 1 (March 2014): 1-51.
- Boesten, Eke. **Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters: Public International Law and What It Offers**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2002.
- Calflisch, Lucius. “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea.” **Netherlands Yearbook of International Law** 13, 4 (July 2009): 32.
- Dromgoole, Sarah and Nicholas Gaskell. “Draft UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 1998.” **International Journal of Marine and Coastal Law** 14, 2 (January 1999): 183-184.
- _____. **Underwater Cultural Heritage and International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Fu, Kuen-chen. **Essays on International Law of the Sea**. Xiamen: Xiamen University Press, 2004.
- Keefe, Patrick O’. **Shipwreck Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage**. Great Britain: Institute of Art and Law, 2002.
- Lina, LIU. **Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area** [Online]. Available URL: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/ChinaUCHintheArea.pdf>, 2018 (January, 19).
- Nitiruchiro, Yodsapon. “The Challenges of Underwater Cultural Heritage Protection in the South China Sea.” **China Oceans Law Review** 2 (2016): 247-249.
- Rau, Markus. “The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea.” **Max Planck Yearbook of United Nations Law** 6 (2002): 413.
- Riphagen, William. “Some reflections on “functional sovereignty”.” **Netherlands Yearbook of International Law** 6 (December 1975): 128.
- Xianglan, Zhang and Zhu Qiang. “Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage.” **China Oceans Law Review** 1 (2006): 451.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้จ่ายเงิน
ของเทศบาลโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัญญาลักษณ์ ปัญวัฒนลิขิต
ปาริनुช บริสุทธิศรี

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของเทศบาล
โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน
The Problem of Legal Control of the Municipality
by the Office of the Auditor General

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัญลักข์ ปัญวัฒนลิขิต*
Assistant Professor Dr.Sanyalux Panwattanalikit
ปาริณช บิริสุทธิ์ศรี**
Parinuch Borisuthri

บทคัดย่อ

เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 โดยเป็นหน่วยงานของรัฐภายใต้โครงสร้างการจัดระเบียบบริหารราชการตามหลักการกระจายอำนาจ การปกครองโดยเฉพาะการควบคุมและตรวจสอบการใช้จ่ายเงินซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 ได้ให้อำนาจแก่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินในการ ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของเทศบาลในฐานะหน่วยรับตรวจ เพื่อให้เป็นไปตามที่ กฎหมาย กฎ ระเบียบและข้อบังคับที่กำหนดไว้

* คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ม. สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประกาศนียบัตรหลักสูตรผู้นำองค์กรระหว่างประเทศ: ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา, ประเทศสหรัฐอเมริกา. E-mail: drsanyalux@gmail.com.

Dean of Faculty of Law, Payap University; LL.B. at Thammasat University, LL.M. in Criminal Law at Thammasat University, LL.D. at Thammasat University, Certificate in the International Visitor Leadership Program on US Judicial System, Department of State, USA.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ; น.บ. มหาวิทยาลัยพายัพ, น.ม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: parinuch@hotmail.co.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Payap University; LL.B. at Payap University, LL.M. in International Law at Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 2 กุมภาพันธ์ 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 3 กรกฎาคม 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 1 สิงหาคม 2561.

ผลจากการศึกษาทบทวนบัญชีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 ประกอบกับพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ.2552 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยที่เกี่ยวกับการเงินและการคลังและระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 พบว่า ยังมีบทบัญญัติบางประการที่ทำให้ผลของการบังคับใช้ไม่เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจปกครองและหลักการกำกับดูแลเท่าที่ควรโดยมีลักษณะที่เป็นการจำกัดความเป็นอิสระทางด้านการคลังและให้อำนาจแก่ผู้ควบคุมตรวจสอบในการตีความหรือการใช้ดุลพินิจในการควบคุมตรวจสอบมากเกินไป โดยเฉพาะทางด้านการใช้จ่ายเงินของเทศบาลทำให้เกิดผลกระทบต่อการทำงานของเทศบาลเป็นอย่างมาก

โดยผู้เขียนเห็นว่า หากได้มีการปรับปรุงแก้ไขทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ภายในหน่วยงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นน่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตรวจสอบได้มีโอกาสพิสูจน์ตนเองภายใต้หลักแห่งความยุติธรรมได้อีกด้วย

Abstract

The municipality is a local government organization established under the Municipality Act B.E. 2496. It is a governmental organization under the structure of government administration according to the principle of decentralization. For especially the control and monitoring of spending money, which the Organic Act. The State Auditing Act of 2018 empowered the Office of the Auditor General to control and investigate the municipal operations as a unit to comply with the laws, rules and regulations.

The results of the study of the provisions of the Organic Act on State Auditing in 2018 in conjunction with the Municipal Act B.E. 2496 amended (No. 13) 2009 regulations Ministry of Interior relating to finance and the regulation on procurement government Act of 1973 found that there are certain provisions that make the effect of enforcement. It does not follow the principle of decentralization and the principles of governance. It looks like Indicate fiscal independence and empower auditors to interpret or discretion In the control too much, especially in terms of spending money of the municipality cause the operation of the municipality is very much. The authors agree that if the provisions of the relevant legislation have been amended the structure and authority within the agency of the Office of the Auditor General and to set clear guidelines for the Administrative Court to decide in the event of a dispute, the problem is solved protection freedom and opportunity for the investigators to prove themselves under the principle of justice as well.

คำสำคัญ: เทศบาล, ปัญหาการตรวจสอบค่าใช้จ่ายของเทศบาล, สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

Keywords: local government, problem of the municipal expenses, the auditor general

1. บทนำ

การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นได้เริ่มต้นอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นหลังจากถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี 2540 เป็นต้นมา แม้ต่อมาจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับใหม่กระทั่งล่าสุดฉบับปี 2560 แต่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับก็ยังคงหลักการและเจตนารมณ์ในการกระจายอำนาจสู่การปกครองท้องถิ่นเช่นเดิม โดยกำหนดให้รัฐจะต้องให้ความสำคัญกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นและให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำบริการสาธารณะและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจแก้ไขปัญหาในพื้นที่ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดให้มีการกำกับดูแลและการควบคุมการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมาย กฎ ระเบียบและข้อบังคับกำหนดไว้ โดยเฉพาะการใช้จ่ายเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งนอกจากระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการเงินและการคลังแล้ว ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 ยังกำหนดให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงิน การใช้จ่ายทรัพย์สินอื่นหรือการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย แต่จากการศึกษากลับพบว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ.2552 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยที่เกี่ยวกับการเงินและการคลังระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดความเป็นอิสระทางด้านการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ควบคุมตรวจสอบมากเกินไปทำให้ส่งผลต่อการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งรวมถึงเทศบาลด้วยและไม่เป็นไปตามหลักการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ กล่าวคือ

ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13 พ.ศ.2552) ไม่ได้ให้อำนาจแก่เทศบาลในการออกข้อบัญญัติและระเบียบของตนเองในการกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในด้านการคลังและงบประมาณเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของตนเองได้โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของกระทรวงมหาดไทยในการตราระเบียบหรือข้อบังคับของกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยเรื่องดังกล่าวมาบังคับใช้กับเทศบาล ซึ่งนอกจากจะพบว่า ในระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าวบางส่วนนั้นมีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขและเพิ่มขั้นตอนในการปฏิบัติให้มากขึ้นหรือกำหนดแบบมาตรฐานที่ตายตัวเกินไปซึ่งไม่เอื้อต่อความคล่องตัวในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลแล้ว ยังมีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางไว้แบบกว้างๆ ทำให้หลายๆ กรณีต้องมีการตีความหรือวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้น

และเมื่อประกอบกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 ที่นอกจากจะให้อำนาจแก่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินในการตรวจสอบการจัดเก็บรายได้ การรับจ่ายเงิน การบริหารจัดการ การดูแลรักษาและติดตามทรัพย์สินของแผ่นดินของเทศบาลในฐานะหน่วยรับตรวจว่าเป็นไปตามที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีหรือแบบแผนการปฏิบัติราชการหรือไม่แล้ว ยังให้อำนาจในการตรวจสอบผลสัมฤทธิ์และประสิทธิภาพในการดำเนินการและให้แสดงความเห็นว่าเป็นไปโดยประหยัด เกิดผลสัมฤทธิ์และมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ที่หน่วยรับตรวจกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจและการตัดสินใจของเทศบาลตามหลักการกระจายอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และก้าวล่วงความเป็นอิสระทางด้านการคลังและงบประมาณของเทศบาลได้ เพราะเทศบาลเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดทำกิจกรรม งานและโครงการต่างๆ นั้นเองตามเจตจำนงและความต้องการพื้นฐานของชุมชน ดังนั้น การประเมินผลถึงเรื่องดังกล่าวจึงควรเป็นอำนาจของเทศบาลเอง นอกจากนี้การที่มีสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคอยู่เพียงแค่ 15 แห่ง แต่กำหนดให้มีหน้าที่ตรวจสอบครอบคลุมทั้งประเทศและต้องทำการตรวจสอบทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ซึ่งแต่ละองค์กรใช้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีหรือแบบแผนการปฏิบัติราชการที่ทั้งเหมือนและแตกต่างกันทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานและประสิทธิภาพในการตรวจสอบและความไม่เป็นเอกภาพของความเห็นและคำวินิจฉัยได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาว่า จะมีวิธีการหรือมาตรการใดๆ ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอแนะแนวคิดและแนวทางปฏิบัติสำหรับการแก้ไขปัญหา เพื่อให้กฎหมายได้มีลักษณะที่เป็นการเอื้อต่อความเป็นอิสระทางด้านการคลังและงบประมาณ รวมถึงให้การใช้จ่ายเงินของเทศบาลตามอำนาจหน้าที่ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะสามารถตอบสนองต่อความต้องการและความจำเป็นของคนในชุมชนได้มากที่สุด เพื่อให้เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจปกครองและหลักการกำกับดูแล ทั้งตามหลักสากลและตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและก่อให้เกิดความยุติธรรมตามกฎหมายให้มากที่สุด

2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของเทศบาล โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินพบว่า แนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

2.1 หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization)

เป็นการแบ่งอำนาจการปกครองจากส่วนกลางไปให้ประชาชนในท้องถิ่นดำเนินการเอง โดยอิสระพอสมควรภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการกระจายอำนาจนี้ทำให้เกิดระเบียบ การจัดการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นขึ้น โดยหลักการกระจายอำนาจปกครอง หมายถึง หลักการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากราชการบริหารส่วนกลางให้ไปจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความเป็นอิสระตามสมควร ทั้งในด้านการเมืองและการบริหาร โดยเป็นเรื่องที่ท้องถิ่นมีอำนาจที่จะกำหนดนโยบายและควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายท้องถิ่นของตนเองได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับความบังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมดูแลเท่านั้น โดยการจัดการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจอาจทำได้ 2 ลักษณะ¹ ได้แก่ การกระจายอำนาจทางพื้นที่ คือรัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น โดยจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่นั้นๆ และการกระจายอำนาจทางบริการหรือการกระจายอำนาจทางเทคนิค คือรัฐ มอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องบางอย่างให้แก่องค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะให้เป็นผู้จัดทำ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเช่นกัน ซึ่งมีอยู่สองรูปแบบ คือรัฐวิสาหกิจและองค์กรมหาชน

2.2 หลักการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระ

เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดขึ้นจากการกระจายอำนาจทางปกครอง ความเป็นอิสระของท้องถิ่นจึงอยู่ในรูปของการมีอำนาจสั่งการและดำเนินการในกิจการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยตนเอง และความเป็นอิสระของท้องถิ่นจะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงจะต้องประกอบด้วย การมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีเขตพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน มีองค์กรมีเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง ต้องมาจากการเลือกตั้งโดยเสรี² มีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเอง และที่สำคัญคือการมีการคลังเป็นของตนเอง โดยการที่ท้องถิ่นจะสามารถบริหารงานให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีนั้น จำเป็นต้องมีระบบการคลังเป็นของตนเอง ซึ่งการกำหนดรายได้และรายจ่ายจะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย ท้องถิ่นจะกำหนดเองโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ไม่ได้³

¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 98.

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2522), หน้า 31-32.

³ พรชัย รัชมีแพทย์, หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2541), หน้า 214.

2.3 หลักที่ว่าด้วยการอยู่ภายใต้การกำกับดูแล⁴

- 1) องค์ประกอบสำคัญของการกำกับดูแล แยกได้เป็น 5 ประเภทได้แก่
 - (1) การกำกับดูแลเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง
 - (2) เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติ โดยขอบเขตของการกำกับดูแลก็คือ จะต้องไม่แทรกแซงการกระจายอำนาจจนองค์กรนั้นขาดอิสระไป
 - (3) เป็นการกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า
 - (4) เป็นการกำกับดูแลเหนือองค์กรและการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ
 - (5) การกำกับดูแลมีขึ้นเพื่อประโยชน์ทั่วไปของรัฐ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามากำกับดูแล
- 2) ความแตกต่างระหว่างการบังคับบัญชากับการควบคุมกำกับดูแล อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ไม่มีเงื่อนไขแต่จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น โดยผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิที่จะสั่งให้กระทำการในสิ่งที่เห็นควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ แต่อำนาจกำกับดูแลไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา แต่เกิดขึ้นเป็นไปในลักษณะผู้ควบคุมและผู้ถูกควบคุม จึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขและอำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น
- 3) เงื่อนไขที่สำคัญของการกำกับดูแล ได้แก่
 - (1) ต้องทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนด
 - (2) มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเพื่อไม่ให้ผู้ใดผู้หนึ่งได้แสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเอง จึงต้องมีการกำกับดูแลเพื่อให้เป็นผลดีขึ้น
 ดังนั้นลักษณะของการกำกับดูแล คือผู้มีอำนาจหน้าที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลไว้อย่างชัดเจน โดยวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลไม่มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมความเหมาะสมในการกระทำในกรณีที่การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว

2.4 หลักการและแนวปฏิบัติในการตรวจเงินแผ่นดิน

ปฏินญาธิมาว่าด้วยแนวปฏิบัติในการตรวจเงินแผ่นดินจากการจัดประชุมสมัชชาขององค์การตรวจเงินแผ่นดินระหว่างประเทศได้วางหลักการสำคัญไว้เพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องกับสภาพการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศตน มีสาระสำคัญดังนี้

⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 47-51.

1) วัตถุประสงค์ของการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อควบคุมให้หน่วยรับตรวจปฏิบัติตามมาตรการที่วางไว้ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับ รวมทั้งมาตรการเกี่ยวกับความประหยัด ความมีประสิทธิภาพ ความมีประสิทธิผล แต่ก็ขึ้นอยู่กับนโยบายและการปรับใช้ของแต่ละประเทศ

2) ความเป็นอิสระในการตรวจเงินแผ่นดิน แม้ว่าจะไม่มีอิสระอย่างสมบูรณ์เนื่องจากยังคงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ แต่ความเป็นอิสระก็ต้องอยู่ในระดับที่สูงพอที่จะทำให้สามารถตรวจเงินได้อย่างเที่ยงตรงและมีประสิทธิภาพ

3) อำนาจหน้าที่ของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ควรมีอำนาจในการตรวจสอบสืบสวน โดยมีอำนาจเรียกให้หน่วยรับตรวจสอบส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการเงินหรือข้อมูลใดๆ ที่จำเป็น สำหรับวิธีการตรวจสอบนั้น และจะใช้วิธีการทดสอบหรือสุ่มตรวจ

4) การรายงานข้อตรวจพบของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ต้องมีการเผยแพร่ให้เป็นที่รับรู้อย่างกว้างขวาง เช่น การรายงานข้อตรวจพบต่อรัฐสภาและองค์การอื่นของรัฐ พร้อมทั้งเผยแพร่รายงานนั้นให้ประชาชนทราบและแจ้งข้อตรวจพบให้หน่วยรับตรวจและหน่วยงานบังคับบัญชาของหน่วยรับตรวจทราบ

2.5 ลักษณะของการตรวจเงินแผ่นดิน⁵

1) เป็นการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบและข้อบังคับเพื่อควบคุมให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ โดยหลักการพื้นฐานที่ใช้ในการตรวจสอบควบคุมการบริหารการเงินแผ่นดิน เช่น หลักความจำเป็นและประโยชน์สาธารณะ โดยการใช้จ่ายเงินของรัฐจะไม่คำนึงถึงความคุ้มค่าในเชิงกำไรเช่นเอกชน แต่จะเป็นการใช้อำนาจจากการตัดสินใจถึงความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมอย่างแท้จริง (Public Purpose) หรือหลักการตรวจสอบและควบคุมวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการปฏิบัติหน้าที่เกินไปกว่าขอบเขตที่มี เพื่อไม่ให้ประชาชนเสียสิทธิและประโยชน์ที่พึงได้รับ รวมทั้งเป็นหลักประกันความโปร่งใสในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล

2) เป็นการตรวจสอบการดำเนินงาน (Performance Audit) โดยเป็นการตรวจสอบผลการดำเนินงานตามแผนงาน งานและโครงการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป้าหมายหรือหลักการที่กำหนดการตรวจสอบจึงเป็นกระบวนการวัดค่าความประหยัด ความมีประสิทธิภาพและความมีประสิทธิภาพของการดำเนินงานของรัฐ กล่าวคือ

⁵ปิยพร อุปพงษ์, “ปัญหาการจัดองค์กรและการใช้อำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในการตรวจเงินแผ่นดินในระดับท้องถิ่น,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 19.

(1) เน้นความประหยัดหรือความคุ้มค่า คือ การใช้ทรัพยากรน้อยที่สุดในการดำเนินการแต่สามารถได้ผลตามที่ต้องการ

(2) เน้นความมีประสิทธิภาพ คือ อัตราส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างผลผลิตหรือผลประโยชน์ที่ได้รับกับต้นทุนหรือทรัพยากรที่ใช้ในการดำเนินงานจริงเมื่อเปรียบเทียบกับแผนที่วางไว้

(3) เน้นความมีประสิทธิภาพ คือ สามารถจัดระบบงานและวิธีปฏิบัติเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผลที่ตั้งใจให้เกิดกับผลที่เกิดขึ้นจริง

3. การควบคุมและกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้านการเงินและการคลังตามกฎหมายของต่างประเทศ

โดยจากการศึกษาพบรายละเอียดเกี่ยวกับการปกครองและการควบคุมกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสและญี่ปุ่น สรุปได้ดังนี้

3.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นรัฐเดี่ยว โดยมีการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินออกเป็น 3 ส่วน คือ ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น

1) การควบคุมและกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลังปี ค.ศ.1982 ฝรั่งเศสได้ยกเลิกการควบคุมกำกับดูแลของผู้ว่าราชการจังหวัดและมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs) ดำเนินการแทน นอกจากนั้นยังได้มีการสร้างกลไกควบคุมทางการคลังขึ้นมาใหม่ โดยใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับประเด็นทางปกครองที่มีศาลปกครองนั้นคือ “ศาลตรวจเงินแผ่นดินภาค”⁶ เพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแลด้านการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทดแทนอำนาจในการควบคุมโดยตรงของรัฐบาลที่ถูกยกเลิกไป

2) การควบคุมและตรวจสอบการบริหารการคลังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(1) ระบบควบคุมภายในและการตรวจสอบภายใน คือ การให้สภา ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร เช่น หลังจากที่มีมติอนุมัติงบประมาณของทุกปีงบประมาณที่ผ่านมาให้แก่สภา แล้ว ฝ่ายบริหารต้องมอบบัญชีปกครองให้แก่สภา เช่นกัน เพื่อให้สภา ตรวจสอบว่าสอดคล้องกันหรือไม่ ถ้าสอดคล้องกันสภา จะรับรองบัญชีของฝ่ายบริหารโดยต้องกระทำทุกปี

⁶ปราโมทย์ ประจนปัจจนึก, “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ 32 (มิถุนายน 2549): 30.

(2) การกำกับดูแล เช่น การกำกับดูแลในการใช้ดุลพินิจหรือการบริหารงานการคลัง ที่ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาคีอำนาจเข้าแทรกแซงได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด เช่น เมื่อพบว่างบประมาณไม่มีความสมดุลอย่างแท้จริงก็มีอำนาจที่จะฟ้องต่อศาลบัญชีภาคเพื่อให้ศาลมีคำสั่งและข้อเสนอแนะไปยังองค์กรปกครองท้องถิ่นเพื่อให้ทำการแก้ไขการขาดดุลนั้น หรือจะเป็นการตรวจสอบการคลังโดยสมุหบัญชีซึ่งมีอำนาจหน้าที่ทั่วไป เช่น ควบคุมดูแลรายได้ที่ได้รับมา ติดตามเร่งรัดหนี้สินควบคุมตรวจสอบการจ่ายเงินของผู้มีอำนาจสั่งจ่าย หรือจะเป็นการกำกับดูแลเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลาง โดยจะมีคณะกรรมการคลังท้องถิ่นมาทำหน้าที่กำกับดูแลและตรวจสอบการใช้จ่ายเงินดังกล่าว

(3) การควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบศาลบัญชีภาคหรืออาจเรียกว่า “ศาลตรวจเงินแผ่นดิน”⁷ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลปกครองในฝรั่งเศส โดยอำนาจหน้าที่ของศาลบัญชีภาคที่สำคัญ ได้แก่

(3.1) การทำหน้าที่เป็นศาล โดยมีอำนาจตรวจสอบบัญชีรับจ่าย เอกสารหลักฐานการใช้จ่ายเงินทุกชนิดว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีที่พบข้อบกพร่องและมีส่วนขาด ศาลอาจจะแจ้งให้สมุหบัญชีทราบเพื่อให้นำหลักฐานมาแสดงต่อศาลหรือยอมรับผิดชดใช้จำนวนเงินที่ก่อให้เกิดปัญหานั้น ถ้าหากศาลพิจารณาแล้วยังไม่เป็นที่พอใจศาลจะพิพากษาให้สมุหบัญชีตกเป็นลูกหนี้ของรัฐและจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเงินมาชดใช้คืนแก่รัฐต่อไป

(3.2) ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาและควบคุมการบริหารงาน โดยศาลมีอำนาจที่จะเสนอข้อคิดเห็นต่างๆ เกี่ยวกับการบริหารงบประมาณให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้โดยตรง

(3.3) ทำหน้าที่เป็นองค์กรควบคุมฝ่ายบริหาร โดยเป็นการควบคุมผู้สั่งจ่ายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และยังรวมไปถึงการควบคุมความเหมาะสมและการปฏิบัติอย่างถูกต้องอีกด้วย โดยจะดูแลควบคุมการซื้อพัสดุว่ามีความเหมาะสมถูกต้องหรือไม่ โดยหากพบว่าทำผิดก็จะทำข้อเสนอแนะให้แก่ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังทำหน้าที่พิจารณาคดีลงโทษผู้บริหารที่กระทำความผิดนั้นต่อไป

3.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นรัฐเดี่ยวแต่ไม่มีภูมิภาค และแบ่งการบริหารราชการแผ่นดินออกเป็น 2 ส่วน คือ การบริหารราชการส่วนกลาง กับการบริหารราชส่วนท้องถิ่น⁸

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สุขุมและบุตร จำกัด, 2544), หน้า 120.

1) การควบคุมและตรวจสอบการบริหารการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(1) การใช้ระบบควบคุมภายในและการตรวจสอบภายใน

โดยมีคณะกรรมการบริหารอิสระมาช่วยบริหารงานและทำกิจการพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานการคลัง โดยจะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกระบวนการตรวจสอบการคลังและมีความเป็นอิสระสูง และมีการควบคุมจากสภาฯ อีกด้านหนึ่ง เช่น ด้านการบัญชีและการเงิน โดยสภาฯ สามารถตรวจสอบเอกสารและรายงานทางการเงินต่างๆ การขอให้ผู้บริหารมาชี้แจง การสอบสวนหรือเรียกพยานเพิ่มเติมเพื่อใช้ในการตรวจสอบได้หรือในด้านการตรวจสอบทางการเงินการคลัง เป็นต้น

(2) การกำกับดูแลของส่วนกลางที่มีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในญี่ปุ่นมี “กระทรวงกิจการภายใน (Ministry of Home Affairs)” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁹ ซึ่งจะมีหน่วยงานภายในที่เกี่ยวข้องกับการดูแลการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น การกำกับดูแลการบริหารงานทั่วไป รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในจะมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการหรือขอให้ส่งรายงานให้ ส่วนการควบคุมทางการเงินและการคลังนั้น จะมีคณะกรรมการการเงินท้องถิ่นหรือผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการ โดยอาจจะให้ท้องถิ่นส่งรายงานการใช้จ่ายเงินให้หรืออาจส่งเจ้าหน้าที่ไปทำการตรวจตราโดยตรงก็ได้

(3) การควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานการคลัง โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินของประเทศญี่ปุ่น¹⁰

ตามพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดินญี่ปุ่น ค.ศ.1947 กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินขึ้นเพื่อทำหน้าที่รับผิดชอบการตรวจเงินแผ่นดินของรัฐทุกประเภท โดยในระดับรัฐ สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจะทำหน้าที่ดูแลการใช้จ่ายเงินของภาครัฐ การตรวจสอบและรับรองบัญชีรายรับรายจ่าย การวางกฎเกณฑ์ ยกเลิก แก้ไข ให้คำแนะนำในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายพระราชบัญญัติ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการบัญชีการรับเงิน จ่ายเงิน สิ่งของหรือหลักทรัพย์ของรัฐ การทำหน้าที่ตรวจสอบบัญชีรายจ่ายเงินของรัฐและดูแลบัญชีให้เป็นไปตามระเบียบ คำสั่ง ข้อบังคับ อีกทั้งยังมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบสัญญาซื้อและสัญญาจ้างเพื่อให้เป็นไปตามด้วยกฎหมาย โดย

⁹ วัชร วัชรนิภาวรรณ, ผู้ว่าราชการจังหวัดไทยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับผู้ว่าราชการจังหวัดสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสและญี่ปุ่น (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 185.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 185.

¹⁰ ปิยพร อุปพงษ์, เรื่องเดิม, หน้า 69.

สัญญาจ้างที่จะดำเนินการตรวจสอบนั้นต้องเป็นสัญญาที่มีวงเงินตั้งแต่ 30 ล้านบาทขึ้นไป โดยจะทำการตรวจสอบสัญญาทุกชนิด

โดยการตรวจเงินแผ่นดินในระดับท้องถิ่นนั้น สำนักตรวจสอบที่ทำหน้าที่คือ สำนักตรวจสอบที่ 1 ซึ่งมีโครงสร้างภายในแบ่งเป็นแผนกต่างๆ ได้แก่ แผนกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับทรัพย์สินของทางราชการ แผนกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับการงบประมาณ แผนกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับการยุติธรรม แผนกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับเงินอุดหนุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และแผนกที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับภาษี โดยการที่ได้แบ่งเป็นแผนกต่างๆ ดังกล่าว ทำให้หน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน โดยจะตรวจสอบ เช่น การตรวจสอบบัญชีว่าการรับและใช้จ่ายเงินเป็นไปด้วยความถูกต้องตามหลักการในทางบัญชีหรือไม่ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายว่าการจัดทำรายการทางบัญชีโครงการ หรือแผนงานสอดคล้องกับหลักการในทางบัญชี กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับหรือไม่ การตรวจสอบความประหยัดว่าการดำเนินการตามโครงการหรือแผนงานที่วางไว้หรือการใช้จ่ายงบประมาณได้ดำเนินการไปด้วยค่าใช้จ่ายที่น้อยที่สุดหรือไม่ การตรวจสอบความมีประสิทธิภาพว่าโครงการหรือแผนงานที่ได้ดำเนินงานก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและได้รับประโยชน์ที่คุ้มค่าหรือไม่ หรือการตรวจสอบความมีประสิทธิภาพผลว่าโครงการหรือแผนงานว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของโครงการและบรรลุผลตามที่ตั้งใจไว้หรือไม่ เป็นต้น

4. การวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของเทศบาล โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของเทศบาลโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 และในกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องยังคงส่งผลให้เกิดปัญหาอยู่หลายประการ โดยที่สำคัญดังนี้

4.1 ปัญหาจากกฎหมายและระเบียบที่มีอยู่ในปัจจุบันกำหนดหลักเกณฑ์ด้านการคลังและงบประมาณไว้แบบกว้างๆ และให้อำนาจแก่ผู้ควบคุมตรวจสอบในการตีความหรือใช้ดุลพินิจในการควบคุมตรวจสอบมากเกินไป

ตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 มาตรา 85 และมาตรา 86 ประกอบกับมาตรา 4 วรรคสี่ ได้กำหนดให้อำนาจแก่สำนักงานการ

ตรวจเงินแผ่นดินในการตรวจสอบการจัดเก็บรายได้ การรับ การใช้จ่าย การใช้ประโยชน์ การเก็บรักษาและการบริหารซึ่งเงิน ทรัพย์สิน สิทธิและประโยชน์ของเทศบาลในฐานะหน่วยตรวจรับว่าได้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีและแบบแผนการปฏิบัติราชการหรือไม่นั้น เมื่อได้ศึกษาและวิเคราะห์จากผลของการตรวจสอบและจากข้อทักท้วงของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและพบว่าการใช้จ่ายเงินของเทศบาลที่ถูกทักท้วงว่าไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากไม่มีกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับใดให้อำนาจไว้ หรือเป็นการดำเนินการไม่ถูกต้องหรือปฏิบัติไม่เป็นไปตามหนังสือสั่งการของกระทรวงมหาดไทยนั้น สาเหตุที่สำคัญคือ การที่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ.2552 ได้กำหนดให้เทศบาลต้องใช้หลักเกณฑ์ด้านการคลังและงบประมาณตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และระเบียบกระทรวงมหาดไทยที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎหมายและระเบียบที่บังคับใช้อยู่ เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงินและการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2547 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2553 (ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว) หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน พบว่าในบทบัญญัติดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดที่มุ่งเน้นเพียงแค่กระบวนการ วิธีการ การแต่งตั้งคณะกรรมการ และรวมถึงรายละเอียดอื่นๆ ไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น ไม่ได้ลงรายละเอียดให้ชัดเจนและครอบคลุมทั้งหมดตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล ทั้งที่เทศบาลมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ชุมชนหลายประการและหลายด้านและในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ย่อมต้องมีการใช้จ่ายเงินงบประมาณด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กรณีดังกล่าวจึงทำให้ต้องมีการตีความในหลายๆ ประการ และการตีความระหว่างเทศบาลในฐานะผู้ปฏิบัติซึ่งต้องใช้ทั้งหลักรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ในการดำเนินการกับสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินนั้นในหลายๆ กรณีมักจะมีการตีความที่แตกต่างกัน แต่ด้วยการที่อำนาจของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าพระราชบัญญัติหรือระเบียบและข้อบังคับทั่วไป จึงทำให้การตีความหรือคำวินิจฉัยของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีผลให้เทศบาลต้องถือปฏิบัติตาม และความไม่ชัดเจนดังกล่าวมักจะทำให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยว่าการดำเนินการหรือการใช้จ่ายเงินในกิจกรรมนั้นๆ ทำไม่ได้เนื่องจากไม่มีกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับใดให้อำนาจไว้และมีความเห็นให้กลับคืนสู่สภาพเดิม แม้ว่าจะเป็น การดำเนินการไปด้วยความสุจริตใจและไม่มีเจตนาทุจริตผิดกฎหมายแต่อย่างใดหรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนก็ตาม เช่น ตามคำทักท้วงที่วินิจฉัยว่าการเบิกค่าจ้างเหมาประกอบอาหารกลางวันในโครงการมหรหรรณีกาต้านยาเสพติดเพื่อเลี้ยงรับรองผู้เข้าร่วมแข่งขันกีฬาไม่ถือว่าเป็น ค่าใช้จ่ายรายการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันกีฬาจึงไม่สามารถเบิกจ่ายได้ หรือกรณีเบิกจ่าย

ค่าจัดซื้อเสื่อนักกีฬาจำนวน 80 ตัว โดยเป็นของนักกีฬาที่เข้าร่วมแข่งขัน 50 ตัวและของคณะผู้บริหาร สมาชิกสภาฯ และพนักงานเทศบาลที่มีคำสั่งให้เข้าร่วมกิจกรรมอีกจำนวน 30 ตัว แต่มีข้อเสนอแนะว่าการจัดซื้อเสื่อสำหรับผู้ร่วมเชียร์นักกีฬาจำนวน 30 ตัวนั้น ไม่สามารถเบิกจ่ายได้เนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ของหนังสือกระทรวงมหาดไทยที่กำหนดให้ค่าชุดนักกีฬาและค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ดให้เบิกได้เท่าที่จำเป็นและประหยัดเท่านั้น

กรณีดังกล่าวแตกต่างจากกรุงเทพมหานครซึ่งตามกฎหมายแล้วถือเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทหนึ่ง แต่ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2550 ได้กำหนดให้กรุงเทพมหานครสามารถออกข้อบัญญัติ ระเบียบ และข้อบังคับว่าด้วยเรื่องดังกล่าวมาบังคับใช้เองได้ และกรุงเทพมหานครก็ได้ออกข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานครว่าด้วยการพัสดุหรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครว่าด้วยวิธีการงบประมาณมาบังคับใช้เอง และที่สำคัญมีการออกระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยเรื่องต่างๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินตามอำนาจหน้าที่ เช่น ระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจัดงานหรือกิจกรรมของหน่วยงานในสังกัดของกรุงเทพมหานคร ซึ่งกำหนดรายละเอียดในการใช้จ่ายเงินได้อย่างละเอียดและครอบคลุมถึงความจำเป็นและเพื่อตอบสนองความต้องการของคนในชุมชนได้อย่างเต็มที่ เช่น ค่าอาหารและเครื่องดื่มสำหรับรับรองผู้ร่วมงานหรือกิจกรรม เงินหรือของรางวัลแก่ผู้ชนะการประกวดแข่งขัน เป็นต้น ซึ่งในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของกรุงเทพมหานครโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจึงไม่ค่อยมีข้อทักท้วงในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงจากเทศบาลทั้งที่เป็นกรณีเดียวกัน

ดังนั้น ปัญหาดังกล่าวจึงนำไปสู่การที่ต้องตีความและต้องวินิจฉัยโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินและผลมักจะออกมาว่าการดำเนินการหรือการใช้จ่ายเงินดังกล่าวของเทศบาลไม่สามารถดำเนินการได้ โดยเหตุผลว่าไม่มีกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับหรือหนังสือสั่งการใดๆ ให้อำนาจไว้หรือไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด พร้อมทั้งเรียกให้เทศบาลคืนเงินหรืออาจรวมถึงให้ดำเนินการทางวินัยกับผู้ที่เกี่ยวข้อง

4.2 ปัญหาจากการตรวจสอบและการแสดงความเห็นโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน

สืบเนื่องจากปัญหาที่ได้กล่าวมา นอกจากจะกำหนดให้ตรวจสอบว่าได้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับมติคณะรัฐมนตรีหรือแบบแผนในการปฏิบัติราชการหรือไม่แล้ว ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 มาตรา 89 และมาตรา 90 ยังได้กำหนดให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบผลสัมฤทธิ์และประสิทธิภาพในการใช้จ่ายเงินของหน่วยรับตรวจและให้จัดทำรายงานผลการ

ตรวจสอบและแสดงความเห็นว่าเป็นไปโดยประหยัดเกิดผลสัมฤทธิ์และมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ที่หน่วยรับตรวจกำหนดไว้หรือไม่อีกด้วย แต่พบว่ามีหลายๆ กรณีสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินได้ใช้อำนาจดังกล่าวใช้ดุลพินิจในการตีความ และเป็นการตีความอย่างแคบโดยไม่คำนึงถึงอำนาจหน้าที่ของเทศบาลความจำเป็นที่แท้จริง ความสัมพันธ์ของกิจกรรม วัตถุประสงค์และความสำเร็จในภาพรวมของกิจกรรม เช่น ตามคำทักท้วงที่มีความเห็นว่าค่าจ้างเหมาประกอบอาหารพร้อมน้ำดื่มเพื่อเลี้ยงผู้สูงอายุที่มาเข้าร่วมกิจกรรมวันผู้สูงอายุและวันครอบครัวในช่วงประเพณีสงกรานต์นั้น ค่าใช้จ่ายดังกล่าวไม่ได้มีความจำเป็นหรือมีส่วนสำคัญหากไม่จัดเลี้ยงอาหารแล้วจะทำให้ไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโครงการได้จึงพิจารณาสั่งการให้บทวนการเบิกจ่ายเงินและมีให้เกิดรายการจ่ายในลักษณะดังกล่าวอีก หรือกรณีการเบิกจ่ายค่าจ้างเหมาประกอบอาหารกลางวันโครงการมหรหรรรมกีฬาต้านยาเสพติดเพื่อเลี้ยงรับรองผู้เข้าร่วมแข่งขันกีฬา มีความเห็นว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายรายการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันกีฬา จึงไม่สามารถเบิกจ่ายได้เป็นการเบิกจ่ายไม่ถูกต้อง เป็นการไม่จำเป็นและไม่ประหยัด เป็นต้น กรณีดังกล่าว จึงขัดกับหลักความเป็นอิสระทางด้านการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจปกครองและตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและเป็นการให้อำนาจแก่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นหน่วยตรวจสอบในการก้าวล่วงไปถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจและการตัดสินใจของเทศบาลได้

และการที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 มาตรา 107 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ใดละเลยหรือจงใจไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัย และให้อำนาจผู้ว่าการดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องต่อไปได้ ประกอบกับระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงินและการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2547 ในข้อ 102 และข้อ 103 ที่กำหนดว่าหากได้รับข้อทักท้วงจากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินให้หัวหน้าหน่วยงานผู้เบิกและหรือหัวหน้าหน่วยงานคลังปฏิบัติตามคำทักท้วงโดยเร็วอย่างช้าไม่เกินสี่สิบห้าวันนับจากวันที่ได้รับแจ้งข้อทักท้วงนั้นและในกรณีที่ชี้แจงข้อทักท้วงไปแล้วหากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยืนยันว่ายังไม่มีเหตุผลที่จะหักล้างข้อทักท้วงได้ ให้ชี้แจงเหตุผลและรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยภายในสิบห้าวันและในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้ปฏิบัติให้เสร็จสิ้นภายในสี่สิบห้าวันนับจากวันที่ได้รับทราบผลการวินิจฉัยนั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลต่อการดำเนินงานหรือการใช้จ่ายเงินตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลเป็นอย่างมาก เพราะมีลักษณะเป็นการกำหนดเกมบังคับให้เทศบาลต้องทำเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งตามคำทักท้วงของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยกรณีดังกล่าวเทศบาลมีโอกาสดำเนินการต่อไป

ชี้แจงหรือแสดงพยานหลักฐานน้อยมากซึ่งถือว่าขัดกับหลักการแห่งความยุติธรรมได้ และแม้ว่าโดยหลักการแล้วเทศบาลที่ได้รับผลกระทบหรือไม่เห็นด้วยกับข้อทักท้วงของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถนำความดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อต่อสู้อหาคความยุติธรรมได้ แต่ก็พบว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบข้อใดที่กำหนดสิทธิดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อให้เทศบาลหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบได้ทราบถึงสิทธิดังกล่าวของตนและหลายกรณีทำให้เสียโอกาสดังกล่าวไป

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเรื่องการแบ่งส่วนราชการและอำนาจหน้าที่ภายในของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2560 ข้อ 4 และข้อ 5 ที่ได้แบ่งส่วนราชการและอำนาจหน้าที่ภายในสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และกำหนดให้การตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานในท้องถิ่นยกเว้นกรุงเทพมหานครอยู่ในหน้าที่ความรับผิดชอบของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค ซึ่งได้แก่ สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค 1-15 แต่การที่มีสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินที่ควบคุมตรวจสอบภูมิภาคเพียงแค่ 15 แห่ง โดยมีหน้าที่ต้องตรวจสอบครอบคลุมทั้งประเทศทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น และต้องใช้กฎหมายระเบียบหรือข้อบังคับรวบรวมแล้วหลายฉบับ ประกอบกับการที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินไม่ได้มีกรอบมาตรฐานกลางเอาไว้เพื่อประกันมาตรฐานในการตรวจสอบที่เหมือนกันทั่วประเทศ และการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในแต่ละส่วนในแต่ละภูมิภาคล้วนเป็นเอกเทศจากกันนั้น จึงมีโอกาทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสับสนในข้อกฎหมาย ความไม่เป็นเอกภาพและปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของการตรวจสอบและการวินิจฉัยหรือการใช้ดุลพินิจของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินที่อาจแตกต่างกันได้ ซึ่งผลกระทบย่อมตกแก่เทศบาลในฐานะหน่วยรับตรวจที่ต้องดำเนินการภายใต้ความเสี่ยงแม้ว่าจะเป็นการดำเนินการภายใต้กรอบของอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายแล้วก็ตาม

5. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

5.1 ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 13) พ.ศ.2552 โดยให้เทศบาลสามารถออกเทศบัญญัติหรือระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจัดงานหรือกิจกรรมได้เองดังเช่นกรุงเทพมหานคร และให้มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาในสังกัดอยู่ในกระทรวงมหาดไทย โดยให้มีหน้าที่ในการตรวจทานความถูกต้องและความชอบด้วยกฎหมายของเทศบัญญัติหรือระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจัดงานหรือกิจกรรม พร้อมทั้งให้คำแนะนำ คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับบทบัญญัติ

ของข้อบัญญัติเทศบาล ข้อบังคับและระเบียบดังกล่าว เพื่อให้มีความถูกต้องและความชอบด้วยกฎหมายและมีระดับมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ โดยอาจใช้ชื่อว่า “คณะกรรมการตรวจทานและให้คำแนะนำการจัดทำข้อบัญญัติเทศบาล ข้อบังคับและระเบียบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” และสังกัดอยู่ในกองกฎหมายและระเบียบท้องถิ่นของกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น

ทั้งนี้ เนื่องจากปัจจุบันแม้ว่าในกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีกองกฎหมายและระเบียบท้องถิ่นที่ทำหน้าที่ให้คำแนะนำและตอบข้อหารือเกี่ยวกับระเบียบและกฎหมายอยู่แล้วแต่ก็เป็นการทั่วไปโดยไม่ได้ทำหน้าที่อย่างเฉพาะเจาะจงดังข้อเสนอดังกล่าว

5.2 ควรแก้ไขโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ภายในหน่วยงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ให้มีการแบ่งอำนาจหน้าที่ในส่วนของสำนักตรวจสอบพิเศษภาค 1-15 โดยให้มีหน่วยงานย่อยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งในสำนักตรวจสอบพิเศษภาคแต่ละแห่งและให้ทำหน้าที่ตรวจสอบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยเฉพาะเพื่อป้องกันการสับสนในข้อกฎหมาย ระเบียบและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องและเพื่อเป็นการสร้างความเป็นเอกภาพและการมีมาตรฐานเดียวกันของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

ทั้งนี้ คล้ายกับประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้สำนักตรวจสอบที่ 1 มีหน้าที่ตรวจเงินแผ่นดินในระดับท้องถิ่นโดยเฉพาะ และทำให้การตรวจสอบมีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน

5.3 ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2561 โดยกำหนดให้ “หน่วยรับตรวจหรือบุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือไม่เห็นด้วยกับข้อทักท้วงของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือคำวินิจฉัยของหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลที่ได้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ สามารถนำความดังกล่าวฟ้องต่อศาลปกครองได้”

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและทำให้หน่วยรับตรวจหรือบุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือไม่เห็นด้วยได้ทราบถึงสิทธิของตนอย่างชัดเจนมากขึ้น และสามารถนำความดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยปัจจุบันศาลปกครองได้มีแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวโดยตรงแล้ว ซึ่งคล้ายกับหลักการของประเทศฝรั่งเศสที่ให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมดูแลทางการเงินการคลังและอำนวยความสะดวกแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

บรรณานุกรม

- เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม. **การกระจายอำนาจการปกครองและการกระจายอำนาจทางการคลังในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ. **ทิศทางการปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2545.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **การปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เจริญวิทย์-การพิมพ์, 2522.
- ปิยพร อุปพงษ์. “ปัญหาการจัดองค์กรและการใช้อำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในการตรวจเงินแผ่นดินในระดับท้องถิ่น.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2554.
- ปราโมทย์ ประจนปัจฉนน. “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส.” *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์* 32 (มิถุนายน 2549): 30.
- พรชัย รัชมิแพทย. **หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย**. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2541.
- วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. **ผู้ว่าราชการจังหวัดไทยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับผู้ว่าราชการจังหวัดสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **กฎหมายการปกครองท้องถิ่น**. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547.
- สมกมล แดงทองดี. “ระบบการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศไทย: ศึกษาเปรียบเทียบกับระบบการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศออสเตรเลีย.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2550.
- Board of Audit of Japan. **Organization of the Board** [Online]. Available URL: <http://www.jbaudit.go.jp/English/jbaudit/organization.html>, 2009 (December, 10).

Universal Jurisdiction:
Friend or Foe of Criminal Justice System

Assistant Professor Dr.Wanaporn Techagaisiyavanit

Universal Jurisdiction: Friend or Foe of Criminal Justice System

Assistant Professor Dr.Wanaporn Techagaisiyavanit^{*}

Abstract

The principle of universal jurisdiction has been recognized as a tool in the assistance of criminal justice, especially in the area of international justice for victims of international crime. The principle has long been established and widely incorporated into many international treaties as a customary international law. In the wake of the Holocaust, war crime and terrorism, the principle has gained greater attention and recognition for the role of an assistant to international crime suppression. Despite its significant role in the international criminal justice system, there are certain practical limits in the application of the principle that are worth explored and noted. These limits include the issues concerning due process of law, democratic accountability, availability of evidentiary resources and the maintenance of foreign relations.

Keywords: universal jurisdiction, criminal justice, international crime

^{*} Lecturer in Law at Faculty of Social Sciences and Humanities, Mahidol University; J.D. University of Denver, USA., LL.M. in International Law at University of Southern California, USA., S.J.D. Indiana University, Bloomington, USA. E-mail: wanma_1@hotmail.com.

Received 11 November 2018, Revised 20 November 2018, Accepted 21 November 2018.

1. Introduction

On the evening of August 17, 2015, the streets around Erawan Shrine, Ratchaprasong intersection was covered with dust and debris along with human parts scattered across the street as a result of the explosion. The bombing killed at least eighteen people consisting of Thai, Chinese and Filipinoethnics, and injured over a hundred of bystanders. The horrific scene of the medics collecting body parts hours after the incidence still haunts people's memories, but most important of all the victims of the bombing, who are still waiting for justice to be served. Many received victims' compensation package in the form of a financial assistance from the Ministry of Justice, which to them, is inadequate to bring their lives back. Physical scars and damage will always remind them of the terror attack. Many are still longing for mental supports desiring to see perpetrators arrested and punished by the law.¹ Despite the denial of the Thai authorities, the incidence, in the eye of the international community, was considered an act of terrorism, of which problem could be linked to the Uighurs - a Turkic-speaking Muslim minority in the far west of China.²

The event described is just one of the examples that presents terrorism as a serious issue that needs to be carefully addressed due to the degree of its social impact. Thailand may be perceived as a designated hub or haven for terrorists possibly due to its friendly immigration policy as part of its efforts to attract foreign tourists to the country.³

¹Sasiwan Mookhasen, **Angry Victims and Families of Erawan Shrine Bombing Still Wait for Justice 1 Year Later** [Online], available URL: <http://www.khaosodenglish.com/news/crimecourtsclamy/2016/08/17/1-year-erawan-bombing-victims-families-still-wait-justice/>, 2016 (August, 17).

²Jonathan Head, **The Surreal Investigations into Thailand's Unresolved Bombing** [Online], available URL: <https://www.bbc.com/news/world-asia-37091825>, 2016 (August, 17).

³ผู้จัดการออนไลน์, **ก่อการร้ายข้ามชาติ วิเคราะห์จุดอ่อนเมืองไทยในการรับมือ** [Online], available URL: <https://mgronline.com/live/detail/9550000008560>, 2555 (มกราคม, 20) (providing cases in which Thailand has been served either as a haven or a transit for terrorists due to its lax policy)

Terrorists, of course, take advantage of such an opportunity which enables them to become more mobile and less visible to the authorities of the territory in which the crime was committed. Thus, for instance, in the event that crime took place elsewhere, and Thailand became a shelter sought by perpetrators, it will give rise to a very important question as to whether it is appropriate for the country to invoke universal jurisdiction. The answer “yes” might seem to make sense if we relate back to the above-mentioned event, when trying to seek justice for those victims within Thailand to ensure that the perpetrators will not go free regardless of their presence. However, this may not be an easy answer for a country where the perpetrators are present of which universal jurisdiction can potentially be invoked.

This article aims at analyzing the application of universal jurisdiction principle and its limits in the suppression of crime and the upholding of criminal justice. The article provides a historical perspective, the emergence of the principle as customary international law and its practical limits that pose challenges to the rule of law and the maintenance of a democratic society. The article is not intended as an attack against the application of universal jurisdiction, but only to suggest potential issues that need to be taken into consideration when a foreign court opts to exercise its jurisdiction based upon the novelty of the principle.

2. Brief Historical Perspective

Universal jurisdiction refers to the concept which allows a national court to prosecute individuals for serious crime against international law in the absence of its connection whether in terms of the nationality of the defendant or the victim, or the location of crime. This principle can generally be invoked when “traditional bases of criminal jurisdiction do not exist.” (International Justice Resource Center)

See also ไทยรัฐ ออนไลน์, ผบ.สส.เชื่อไทยไม่ใช่เป้าก่อการร้ายแต่ยังมีช่องโหว่ [Online], available URL: <https://www.thairath.co.th/content/231563>, 2555 (มกราคม, 18) (citing Thailand’s former chief of defense forces, Thanasak Patimaprakorn. statement suggesting Thailand’s open policy which created a loophole in the anti-terrorism strategy).

⁴This concept can be traced back in the 17th century as an attempt of states to prosecute piracy and slave trade overseas.⁵ In the aftermath of World War II, international community had searched for a judicial standard with efforts to address the Holocaust and atrocities. Several international principles and conventions were invoked to indict violators.⁶ Although, the concept of universal jurisdiction was not formally recognized at a time as no one could foresee that national judges would use these principles as a basis for trying a crime committed outside their territories, it was technically established.

Today, the concept has grown to cover other types of “international crime”⁷ such as crimes against humanity, war crimes, genocide, and torture, including pirates, hijackers, and similar outlaws whose crimes are generally committed outside the territory of the state, while many believe that it can go beyond the Rome Statute’s definitions.⁸ The scope of the list of crimes (of which universal jurisdiction can be asserted) has been broadened in response to the rise of political and social factors. And due to political implications in allowing foreign jurisdictions to be asserted over the cases they have little domestic interests involved, this principle was perceived to be less popular among conservative states during the negotiation of the Rome

⁴International Justice Resource Center, **Universal Jurisdiction** [Online], available URL: <https://ijrcenter.org/cases-before-national-courts/domestic-exercise-of-universal-jurisdiction/#gsc.tab=0>, 2009 (December, 20).

⁵Bartram S. Brown, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction,” **New England Law Review** 35 (2) (January 2001): 384.

⁶Henry A. Kissinger, “The Pitfalls of Universal Jurisdiction,” **Foreign Affairs** 80 (4) (July/August 2001): 87-88.

⁷Rome Statute has defined “international crime” as the most serious crimes of concern to the international community as a whole which cover the following types of crime, namely (i) The crime of genocide, (ii) Crimes against humanity, (iii) War crimes, and (iv) the crime of aggression. See Rome Statute of the International Criminal Court, **2187 U.N.T.S 90 art. 5-8 (1998)** [Online], available URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en.

⁸Supra note 5, p. 384.

Statute. Countries were divided in terms of the Court's (International Criminal Court-ICC) subject matter jurisdiction and the basis of its exercise of criminal jurisdiction (whether it should be purely universal or state's consent required).⁹ Many conservative states opted for the requirement of state's consent as opposed to no condition attached. The unsettled debate resulted in the undercut of application of the universal jurisdiction requiring instead the state's consent to every case to be tried by the ICC's based upon its territorial or national jurisdiction, except for those referred under the authority of the United Nations Security Council.¹⁰ Thus, from the historical perspective, the principle of universal jurisdiction, despite its long establishment, still faces limited application as it has been perceived to undercut the state's ability to exclude others from exercising a criminal jurisdiction over an event that occurred outside the latter's territory.

3. Embracing the Principle

Universal jurisdiction refers to the concept which allows a national court to prosecute individuals for serious crime against international law in the absence of its connection whether in terms of the nationality of the defendant or the victim, or

⁹While Germany supported the ICC's broad and independent universal jurisdiction, the U.S., on the other hand, preferred state's consent as the basis of the ICC's exercise of criminal jurisdiction. The U.S. government has questioned the application of universal jurisdiction to war crimes and crimes against humanity, and it also objects to the transfer to the ICC of any rights enjoyed by States to prosecute those responsible for universal jurisdiction crimes. See David J. Scheffer, "Developments at the Rome Treaty Conference," statement by the Ambassador at Large for War Crimes Issues and Head of the U.S. Delegation to the UN Diplomatic Conference on the Establishment of a Permanent International Criminal Court before the Senate Foreign Relations Committee, Washington, DC; July 23, 1998, Department of State Dispatch, August, 1998, p. 20.

¹⁰Rome Statute of the International Criminal Court, **2187 U.N.T.S 90 arts. 12 (2), 13 (1998)** [Online], available URL https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, 2002 (July, 1).

the location of crime. This principle can generally be invoked when “traditional bases of criminal jurisdiction do not exist”. (International Justice Resource Center)

Universal jurisdiction would not have been created, had it not been known for its positive functions. As mentioned in section II, universal jurisdiction is a principle that allows a state to bring criminal proceedings over certain types of crime. It is a special exception to the rule that requires some link of the nationality or territory or affected national interest to a crime as a basis for a state to exercise criminal jurisdiction.¹¹ This “principle of universality recogni[z]es that certain crimes are of such an atrocious and dangerous nature that all states have a responsibility or a legitimate interest to take action”.¹² Thus, arguably, the principle can help seal up an impunity loophole for serious violation of international law.¹³ The benefit of universal jurisdiction principle is proven to be valuable for proceedings before a foreign court or an international criminal court that may have little connection with the affected parties or the defendant. Hypothetically, the perpetrator can be anywhere in the world, but can never escape the eyes of the law of the global community.

It is, however, must be understood that there are two approaches of applying this principle. The first one is procedural, which means applying the domestic of criminal justice such as using extradition treaty, and the second one is substantive in nature meaning domestic legislation of a state also criminalizing such

¹¹*Supra* note 5, 383, Yuna S. Kraytman, “Universal Jurisdiction: Historical Roots and Modern Implications,” **Brussels Journal of International Studies** 2 (2005): 94.

¹²*Ibid.*

¹³The failure of investigation on the US’ part in the case involving serious abuse of detainees in Guantánamo Bay by its high-level government officials brought a coalition of international lawyers to pursue justice for the detainees under universal jurisdiction laws in Germany in 2004 and 2006, and in France in 2007. For instance, the German Code of Crimes against International Law (CCAIL) which incorporates provisions of international criminal law provides a legal basis for the complaint, with the primary objective to fight impunity for international crimes by solidarity in prosecution which is not limited to crimes linked with the German territory. See Katherine Gallagher, “Universal Jurisdiction in Practice,” **Journal of International Criminal Justice** 7 (5) (November 2009): 1089, 1102.

act committed outside its territory, thus providing criminal jurisdiction for a State to prosecute the wrongdoer. Against the traditional prosecution practice, such a concept opens up the possibility of the accused to be tried by any other state based solely on where he or she can be found. Because of its association with crimes supported by the doctrine of “jus cogens” which refers to “certain fundamental, overriding principles of international law, from which no derogation is ever permitted”,¹⁴ universal jurisdiction can provide a legitimate ground for a foreign state to prosecute those responsible for serious international crimes. Such rationale derives from the fact that certain international crimes “are serious enough as to warrant collective sanctions”¹⁵ since the injuries can be suffered and felt by the global community as a whole.

Because of its long historical connection with piracy in the high seas, applying universal jurisdiction to cases that involve hijacking of airplanes or ships which may fall under the category of terrorism can be easily assumed. In fact, it has been argued that subjecting the act of terrorism to the universal jurisdiction principle should not only be encouraged but required due to the nature of harm inflicted upon innocent people and the degree of social impact that share similar characteristics with other serious international crimes upon which universal jurisdiction can be asserted.¹⁶

¹⁴Seelan Brownlie, **Principles of Public International Law**, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1998), *See also Draft Article on State Responsibility* [Online], available URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 2008. (defining “international crime” as “an internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interest of the international community that its breach is recognized as a crime by the community as a whole”)

¹⁵Jarat Chopa, “Establishing Universal Jurisdiction,” **The Brown Journal of World Affairs** 6 (1) (Winter/Spring 1999): 4, (quoting Lyal S. Sunga, **Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations** (Dordrecht, The Netherlands: MartinusNijhoff Publishers, 1992), p. 128.

¹⁶Win-chiat Lee, “Terrorism and Universal Jurisdiction,” in **Intervention, Terrorism, and Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory**, ed. Steven P. Lee (Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007).

Although subjecting terrorism to the principle of universal jurisdiction is still a matter of controversy, state's ability to exercise universal jurisdiction based on international crime committed by an offender is arguably a customary international law. And this is a matter of international public policy because of the gravity of the crimes together with the need of their repression in the view of international community. Current international conventions that relate to suppression of terrorism, such as the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999), and the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000) do not necessarily limit themselves to the jurisdictional principle of nationality and territoriality, but also open the possibility for the application of universal jurisdiction principle. The objectives of the UN Convention against Transnational Crime (2000) clearly include combating against terrorism as there is a growing link between this type of crime and transnational crime. Terrorists are taking advantages of open borders, free markets and technological advancement that help facilitating their illegal actions across the globe rendering the national means for fighting such a crime inadequate and unsatisfactory.¹⁷ And to bridge the gap in the differences in global legal enforcement, the Conventions extend the opportunity for the contracting states to criminalize terrorist acts based upon the universal jurisdiction principle. In this respect, both Article 7 (4) of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999) and Article 15 (4) of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000) require the contracting states to establish their jurisdictions over the designated offenses where the offender is present in their territories, and the contracting states do not wish to extradite the offender, whereas Article 7 (6) and 15 (6) of both

¹⁷ In the forward of the UN Convention against Transnational Crime (2000), the former Secretary General, Kofi A. Annan suggested "the uncivil society" which includes "...terrorists, criminals, drug dealers, traffickers and others who undo the good works of civil society". UN General Assembly (a), **United Nations Convention against Transnational Organized Crime: resolution adopted by the General Assembly, A/RES/55/25** [Online], available URL: <http://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html>, 2001 (January, 8).

Conventions encourage the contracting states to freely exercise their criminal jurisdictions in such cases, without prejudice to the norms of international law, where their domestic laws allow to do so.¹⁸ Thus, a state can adopt a wide range of methods to provide for universal jurisdiction under their national law to ensure that there exists a specific ground for exercising the jurisdiction. With over 180 signatory parties for both Conventions, the growing number of the contracting parties provides significant legal implication for the implementation of the universal jurisdiction principle. Not only does it serve as a customary international law, but also a benchmark for a requirement of asserting a criminal jurisdiction over an offender whose only connection with a state is his or her presence in its territory.

Likewise, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1948) and the Geneva Conventions (1949) also provide ground for a state to establish its criminal jurisdiction over an offender who committed crime stipulated in the Conventions elsewhere.¹⁹ The language used in Article 5 (2) of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) requires a state to take “measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite

¹⁸See art. 7 (4), (6) of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999). UN General Assembly (b), **International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism** [Online], available URL: <http://www.refworld.org/docid/3dda0b867.html>, 1999 (December, 9); art. 15 (4), (6) of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000). UN General Assembly (a), op. cit.

¹⁹“While the relevant treaty law provisions are restricted to grave breaches, universal jurisdiction in customary international law may be regarded as extending to all violations of the laws and customs of war which constitutes war crime. This would include certain serious violations of applicable law, in particular Article 3 common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II of 1977 committed in non-international armed conflict.” See International Committee of the Red Cross (ICRC), **Universal Jurisdiction over War Crimes** [Online], available URL: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/universal-jurisdiction-icrc-eng.pdf>, 2014 (March, 14).

him pursuant to article 8 to any of the States...”,²⁰ while Article 5 (3) of the Convention allows “any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law”.²¹ And under the relevant article of each Geneva Convention (Arts 49, 50, 129 and 146, respectively), states are required to search for alleged offenders “regardless of their nationality,” and either bring them before their own courts or hand them over for trial by another State Party.²² Considering the treaties’ language, a state may have a mandatory duty to exercise its jurisdiction over international crimes imposed on it (mandatory universal jurisdiction), rather than merely having an optional right (permissive universal jurisdiction), especially in the case where it does not wish to adjudicate the case itself.

Today, several states with a civil-law system provide a jurisdictional ground for criminal offense based on universal jurisdiction, including Thailand. The universal jurisdiction principle has also been incorporated under the Thai Penal Code. In this respect, Section 7 of the Penal Code provides that “anyone committed the following offences outside the Kingdom shall be punished in the Kingdom...”²³ These are (1) offences relating to the security of the Kingdom (as provided in Sections 107 to 129), the offence in respect of terrorization (as prescribed by Section 135/1, Section 135/2, Section 135/3 and Section 135/4), (2) offences relating to counterfeiting and alteration (as provided in Section 240 to Section 249, Section 254, Section 256, Section 257 and Section 266), (3) and (4); (2 bis)), offences relating to sexuality (as provided in Section 282 and Section 283), (3) offence relating to robbery (as provided in Section 339), and offence relating to gang-robbery (as provided in

²⁰ UN General Assembly (c), **Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment** [Online], available URL: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html>, 1984 (December, 10).

²¹ Ibid.

²² *Supra* note 18.

²³ **Criminal Code of Thailand (Pramuankatmai aa ya) [Th CrimC] art. 7. Vol. 73 Sec. 95** [Online], available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%BB06/%BB06-20-9999-update.pdf>, 1956 (November, 15).

Section 340), which is committed on the high seas. In light of this Article, the concept of universal jurisdiction under the Thai law has been extended beyond traditional crime like piracy on the high seas to include terrorism and sex crimes that are committed abroad. Although arguably, these are the types of crimes that could have territorial impacts on the country, the Article of the Code does not necessarily require any specific link to the country whether in terms of nationality or territoriality. And the fact that this principle has gained wide support with an attempt to strike impunity, and to prevent offenders from seeking a safe haven in third countries, universal jurisdiction is perceived to be one means of facilitating the repression of serious crimes.

Despite, the legitimate rationales behind the principle of universal jurisdiction, including vigorous demand for justice for victims of international crimes, the concept is not without criticism, which is mainly on the issue of state's interest in protecting its sovereignty (the right to criminal prosecution and adjudication within its territory where crime occurred) as well as its citizens from being prosecuted outside the territory. This is a widely recognized argument that explains why the negotiating countries could not come to terms with a full-blown application of universal jurisdiction in the Rome Statute. However, such a position has been questioned as to how valid the state's "legitimate interest" is in "shielding its nationals from criminal responsibility for genocide, crimes against humanity or the most serious war crimes"²⁴ as argued by Bartram S. Brown. And if the state interest should not be "the be-all and end-all of international law" as suggested by Brown, what is more important is that justice must be served. And for this goal to be achieved, it does not only require a criminal justice system to punish the wrongdoers, but also that the process must be fair and warranted to the accused and the victims to ensure restoration of peace and reconciliation to the local community.

²⁴Supra note 5, 391 (also arguing the state's desire to protect its narrow national interest in dismissing the application of the Universal Jurisdiction evokes a colonialist concept of exclusive extraterritorial rights, which has little relevance to modern practice).

Thus, the claimed “state interest” should not be viewed solely as a personal pursuit to protect either its own prosecution process or its national from the intrusion of criminal proceedings by the outsiders, but should also be understood in a broader context, that is in the promotion of social and political justice. And this is due to the fact that, in the process of securing state’s interest in protecting its own criminal prosecution, the understandings of cultural, social and historical contexts are required, which can be overlooked by the assertion of universal jurisdiction of other foreign states. The next section will discuss some of the practical limits of universal jurisdiction application.

4. Practical Limitations: Brutal Truths for Addressing a Brutal Past

Despite that fact that the principle of universal jurisdiction has recently gained its role as a vital tool for addressing international and transnational crimes, the international community still finds itself struggle to resolve the unsettle issues in terms of the scope and application of the principle. These issues, many of which concern the integrity of domestic criminal justice system, and the potential violation of the doctrine of state immunity, have been widely discussed and debated within the United Nations sixth committee. These concerns suggest the potential risks that could be posed by the principle which could involve the abuse of political manipulation of the principle itself.²⁵

From these legal and political perspective, it is, therefore, important to understand and acknowledge some limited aspects of the concept when applying it since it involves balancing individual liberty interest (the offender or the accused) against governmental objectives, such as combating against terrorism and other types of heinous crimes, and securing the restoration of the victims’ rights. These are elements to be taken into consideration when undertaking the decision to apply

²⁵United Nations, General Assembly, **The Scope and Application of Universal Jurisdiction Principle: report of the Secretary-General, A/72/112** [Online], available URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/112, 2017 (June, 22).

universal jurisdiction. There are certainly both legal and political implications for the state to undertake a criminal proceeding against the offender presented within its territory. These issues may concern the democratic principle, due process of law, resources and foreign policy.

4.1 Democratic Accountability

Democratic accountability in the judicial process can be easily overlooked by international law scholars who are the main proponents of a uniform, global community law with a structured political community.²⁶ The focus on suppressing crime and ensuring the avoidance of impunity may divert our attention away from certain important democratic values such as inclusiveness, autonomy and accountability. These are concerns also shared by the engagement of the International Criminal Court (ICC) in the criminal cases that took place in the distant territories permitted under the Rome Statue as “...the ICC cannot simply rely on the skill of its judges to resolve contested legal, moral and political questions. Furthermore, the court is not a part of a [domestic] structured system of checks and balances.”²⁷ While foreign courts can exercise its power to prescribe and adjudicate crime beyond their territories, the process may also demand that the affected community and the parties involved accept a handed-down decision from a distant court and foreign judges in order to come to terms with their brutal past.

An example of potentially controversial determination to be addressed by a foreign court is a constitution of an act of “torture” that might happen during the political or internal conflicts in pursuant to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) to which the concept of universal jurisdiction applies. Furthermore, the court will have to determine what kind of applicable sentencing to be made to ensure the restoration of the victims’ and affected community’s rights to the maximum extent. While

²⁶Jenialontcheva Turner, “Nationalizing International Criminal Law,” *Stanford Journal of International Law* 41 (1) (December 2005): 17.

²⁷Ibid.

international law can require states to punish the same crime, but how the states will punish it is still left within their discretion depending on moral and cultural values held in that particular society. “Criminal law itself is full of trying moral questions that are difficult to decide outside the frame of reference that a political community and its norms provide.”²⁸ These are not simply a matter of legal, but also moral and cultural issues that require a certain level of insight perspective. Thus, whether a foreign court can handle a criminal case to the satisfaction of the affected individuals and community to achieve social justice and fairness is a question that needs to be taken into consideration.

The distance of a foreign court’s prosecuting a case from the community directly affected by the crime that occurred may face a democratic dilemma. While ensuring the punishment and criminal liability of the wrongdoer, the process can potentially impair the political acceptability of the concerned community.²⁹ For example, in the case of the internal conflict in the former Yugoslavia, indicted Serbs and Croats have been perceived as heroes and freedom fighters rather than “terrorists”. Most Serbs and Croats viewed the decision of the Tribunal as being “biased against their communities, and as more than willing to turn a blind eye to atrocities committed by Bosniaks.”³⁰ Although this case was handled by an ad hoc international Tribunal, similar concern can be perceived if a foreign court attempts to undertake a criminal proceeding against an offender found in its territory in the absence of any other link with its jurisdiction. And as a result, this process of remote adjudication can undermine the legitimacy of the decision, especially by the court that is not directly accountable to the affected individuals and weakens the relationship with the local community. An absence of an understanding of historical and political context may run the risks of arbitrariness on prosecutors and

²⁸ Jenialontcheva Turner, *Ibid.*, p. 18.

²⁹ *Ibid.*, p. 24.

³⁰ *Ibid.*, p. 25 (citing Sandra Coliver, “The International of Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Reconciliation in Bosnia and Herzegovina,” in **International Crime, Peace, and Human Rights**, ed. Dinah Shelton (Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000), pp. 19-20.

judges.³¹ Judging or making decision by some foreign judges who are not accustomed to the culture, tradition and history of the country where international crime took place can be far from restoring peace and reconciliation to the local community since the process requires a government of the territory in conflict or where violent crime happened to address its own pasts as a way of building towards national peace and reconciliation.

4.2 Due Process of Law

Due process in the international criminal justice is another area to be taken into consideration when applying the principle of universal jurisdiction since the concept of due process links closely to the issue of human rights. The concept refers to the requirement of a proper legal process to ensure the individuals' fundamental fairness and justice.³²

Although the exercise of universal jurisdiction by foreign courts may promote justice in the sense that it has been used to suppress impunity, and bring offenders to justice, it sometimes comes at the expense of human rights violation. "By vesting individual nations with worldwide prosecutorial power...the universal jurisdiction is subject to potential manipulation and abuse...[as] [t]here is also no assurance that the prosecuting nations will apply fair standards of criminal procedure in adjudicating these cases."³³

³¹Supra note 6, p. 93.

³²Although the concept of due process has been widely interpreted in the common law system, the term used in this article is limited to "procedural due process" used in the American common law to refer to "a course of formal proceedings (as judicial proceedings) carried out regularly, fairly, and in accordance with established rules and principles." Due process guarantees that there is a fair-decision making process before official action is taken which directly impairs a person's life, liberty or property. *In re Singh*, 123 F.R.D. 108, 125 (D.N.J. 1987)(emphasis added).

³³Curtis A. Bradley, "Universal Jurisdiction and U.S. Law," *University of Chicago Legal Forum* 2001 (1): 325.

The issue of a violation of a fundamental due process required for an individual reflected in the prosecution case of the former Chilean President Augusto Pinochet. In 1998, Britain detained the former Chilean President Augusto Pinochet due to the extradition request of Spain for a crime he committed against the Spanish in the territory of Chile. The former president was accused of perpetrated systematic human rights abuse. Thus, in 1998, the British Supreme Court rendered its decision against the former President based on the principle of international law.

³⁴ However, such a decision was a subject of criticism due to the way his trial was handled which allowed a prolonged detention of the accused without probable cause in the violation of due process of law.³⁵ The arguments against the exercise of universal jurisdiction by a third country concerning the issues of due process include the unfamiliar criminal system the offender must face, the selection of rule of evidence and legal norms to be applied, and the way the defendants' rights will be safeguarded. In such a case, the universal jurisdiction principle can subject the accused to the possibility of prosecution by the third country national judge without due process safeguard and institutional restraints.

The issue of a potential violation of due process can also be present in the extradition procedure that is to say "[o]nce extradition procedures are in train, they develop momentum on their own. The accused is not allowed to challenge the substantive merit of the case and instead is confined to procedural issues..."³⁶ This restriction has something to do with the determination of "dual criminality", as a standard requirement for extradition treaty, by the court which refers to a conduct that must be a crime in both requested and requesting countries. In a certain common law country such as the U.S., a mirror image analysis will be performed to

³⁴ Supra note 6, p. 90.

³⁵ "But that principle did not oblige the lords to endow a Spanish magistrate, and presumably other magistrates elsewhere in the world - with the authority to enforce it in a country where the accused had committed no crime, and then to cause the restraint of the accused for 16 months in yet another country he was equally stranger." Curtis A. Bradley, *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, p. 91.

determine whether the conduct would have been a crime if committed in the U.S.³⁷ Once, double criminality is established, the chance for the accused to contest his or her guilt will be limited in the process. Furthermore, while waiting for the consideration of the claim by the judicial system of the country from which the extradition is sought, the accused can remain in a prolonged detention without charge.³⁸

4.3 Resources

Another area of challenge is the issue of the availability of resources. The prosecution process in the remote jurisdiction oftentimes require access to or transfers of witnesses, documents and evidence from somewhere else to establish the accused's criminal liability. In the case of the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia (ICTY), the prosecutor chose not to pursue the charge "on the ambiguous ground of an inability to collect evidence".³⁹ And due to the distance of crime, the tribunal had trouble pinpointing individual responsibility of people who were involved in the atrocity.⁴⁰ The tribunal also faced similar difficulty in securing first-hand accounts of crimes in Rwanda cases. Lawyers were then required to travel abroad to see the witnesses in person to secure evidence.⁴¹ Access to witnesses and evidence can be limited. And the way foreign investigators and prosecutors approach the witnesses must be carefully done to avoid cultural and personal offenses as well as to accommodate their personal safety. And because of the prosecution on the foreign soil, witness protection cannot be fully enforced or

³⁷ Jacques Semmelman and Karen Snell, **Defending the International Extradition Case** [Online], available URL: <https://www.curtis.com/siteFiles/Publications/82E63C70F97081C764CA7C35F3837222.pdf>, 2006 (June).

³⁸ *Supra* note p. 33 at p. 92.

³⁹ *Supra* note 6, p. 94.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 93.

⁴¹ International Federation of Human Rights, **Universal Jurisdiction Trial Strategies: Focus on Victims and Witnesses** International Federation of Human Rights [Online], available URL: https://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a8886.pdf, 2009 (November, 9-11).

guaranteed for the witnesses who still remain in the country where violent crime took place. In Rwanda cases, the concern of witness protection turned foreign prosecutors to obtain witnesses either in their territory, Europe or America to overcome the witnesses' fear and suspicion.⁴² Their reasons for suspicion which can be political climate, intimidation and other reasons inadvertently become obstacle to the administration of criminal justice. The costs of prosecution abroad under the universal jurisdiction principle, thus, do not only involve the expenses of accessing to and transferring witnesses, victims and evidence, but also other areas of sensitivity such as the respect of culture or personal safety which must be factored in the restoration of justice to the global society.

4.4 Foreign policy

Upholding the universal jurisdiction principle also has a significant implication on foreign relations and foreign policy since jurisdiction is a manifestation of state sovereignty. Therefore, any extraterritorial application of foreign jurisdiction can potentially lead to international disputes between states.⁴³ Several international treaties that incorporate the notion of universal jurisdiction as part of an enforcement mechanism provide the right for the state where the alleged offender is found to take up the case, if it does not wish to extradite the person. In such a situation, the clause automatically excludes the others that may have an interest in asserting their jurisdictions, whether based upon nationality or protective principles. There is, thus, a potential rivalry of asserting state jurisdiction, which can be for several reasons, especially for a political one. History has also shown that the danger of a foreign court in an attempt to prosecute an offender, especially in the case of foreign leaders, will undermine international foreign relations.⁴⁴ And when the exercise of universal jurisdiction is driven by a political motive, the cost of upholding the principle of fairness in the criminal justice is certainly higher.

⁴²International Federation of Human Rights, *Ibid.*, p. 29.

⁴³Kraytman, *supra* note 11, p. 95.

⁴⁴*Supra* note 33, 325.

In light of its perception as a threat towards national sovereignty and the interference of domestic affairs, the principle of universal jurisdiction is oftentimes believed to create hostility among states, especially on the issue of state immunity which had generated concerns over its legal and political implications. Under certain circumstances, the principle could operate to circumvent the doctrine of state immunity under which foreign government officials, despite acting in their official capacities while committing a wrongful act, can be overhauled to be tried by an international court or a special foreign court, in an absence of the court's traditional jurisdiction, such as in the cases in which foreign leaders were tried by the Special Court for Sierra Leone (SCSL), the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda.⁴⁵

Although, having an implication of foreign relations does not always mean a negative impact, and in many cases, international treaty framework provides a basis for state cooperation and mutual legal assistance, states still find that the state cooperation framework is not effective in practice and can pose a challenge to the maintenance of international relations. The discretionary loopholes in the international treaty framework usually permit the requested state to deny cooperation on several inappropriate grounds, such as the dual criminality requirement or insufficiency of human rights safeguards.⁴⁶ This reaction can send out a negative message to the requester in terms of the distrust in the capability of their criminal justice administration.

5. Summary

Universal jurisdiction can serve as a tool to achieve international justice for victims of international crime. And as terrorism is recognized as a type of international crimes, namely crime against humanity due to its degree of social,

⁴⁵Cesare P.R. Romano and André Nollkaemper, **The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor** [Online], available URL: <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/16/arrest-warrant-against-liberian-president-charles-taylor>, 2003 (June, 20).

⁴⁶Supra note 41, p. 9.

political and economic impacts on the global community, one can easily argue why the principle of universal jurisdiction is appropriate and should be invoked to apply to such a case to restore social justice, especially for the victims of violent crime. But the question we are dealing with is not only whether the perpetrator is being brought to trial, but also how justice is being done to ensure that the parties at stake receive their fair shares of justice. Universal jurisdiction might not practically be as good as it sounds principally. There are, of course, limitations to be taken into consideration in the application of the principle. The exercise of a national court jurisdiction pursuant to the principle should be done with careful consideration. The objective of this article is not intended to discourage the invocation of the universal jurisdiction principle, but only to raise potential issues and challenges that we must overcome for the maintenance of criminal justice.

Whether universal jurisdiction is a friend or foe of the criminal justice system, it may depend on how we define criminal justice. In a narrow interpretation, if criminal justice refers only to the process for suppression or deterrence of crime, then universal jurisdiction can certainly be counted on as a “friend”. On the other hand, in a broader interpretation, if the criminal justice is recognized as the process to deliver and restore social justice by upholding the principle of fairness for all the parties at stake, then it might have to work harder to fit in that term. Thus, universal jurisdiction can be applied complementarily and should not be excessively relied on as it has been suggested by Christopher Hall that “[a]long with international criminal courts and national courts exercising territorial active or passive personality jurisdiction or protective jurisdiction, universal jurisdiction must not be seen as operating in a vacuum. It has a dynamic relationship with the other forms of jurisdiction and it is almost always used only when national and international courts have failed to exercise these other forms of jurisdiction”.⁴⁷

⁴⁷Christopher Hall is Senior Legal Adviser, Internal Justice Project at the International Secretariat of Amnesty International. Supra note 41, 8.

Bibliography

- ไทยรัฐ ออนไลน์. **ผบ.สส.เชื่อไทยไม่ใช่เป้าก่อการร้ายแต่ยังมีช่องโหว่** [Online]. Available URL: <https://www.thairath.co.th/content/231563>, 2555 (มกราคม, 18).
- ผู้จัดการออนไลน์. **ก่อการร้ายข้ามชาติ วิเคราะห์จุดอ่อนเมืองไทยในการรับมือ** [Online]. Available URL: <https://mgronline.com/live/detail/9550000008560>, 2555 (มกราคม, 20).
- Bradley, Curtis A. “Universal Jurisdiction and U.S. Law.” **University of Chicago Legal Forum** 2001 (1): 323-350.
- Brown, Bartram S. “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction.” **New England Law Review** 35 (2) (January 2001): 383-397.
- Brownlie, Ian. **Principles of Public International Law**. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 1998
- Chopa, Jarat. “Establishing Universal Jurisdiction.” **The Brown Journal of World Affairs** 6 (1) (Winter/Spring 1999): 3-17, quoting Sunga, Lyal S. **Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations**. Dordrecht, The Netherlands: MartinusNijhoff Publishers, 1992.
- Coliver, Sandra. “The International of Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Reconciliation in Bosnia and Herzegovina.” In **International Crime, Peace, and Human Rights**. Ed. Dinah Shelton. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000.
- Criminal Code of Thailand (Pramuankoaatmai aa ya) [Th CrimC] art. 7. Vol. 73 Sec. 95** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%BB06/%BB06-20-9999-update.pdf>, 1956 (November, 15).
- Draft Article on State Responsibility** [Online]. Available URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 2008.
- Gallagher, Katherine. “Universal Jurisdiction in Practice.” **Journal of International Criminal Justice** 7 (5) (November 2009): 1087-1116.
- Head, Jonathan. **The Surreal Investigations into Thailand’s Unresolved Bombing** [Online]. Available URL: <https://www.bbc.com/news/world-asia-37091825>, 2016 (August, 17).

- International Committee of the Red Cross (ICRC). **Universal Jurisdiction over War Crimes** [Online]. Available URL: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/universal-jurisdiction-icrc-eng.pdf>, 2014 (March, 14).
- International Federation of Human Right. **Universal Jurisdiction Trial Strategies: Focus on Victims and Witnesses International Federation of Human Rights** [Online]. Available URL: https://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a8886.pdf, 2009 (November, 9-11).
- International Justice Resource Center. **Universal Jurisdiction** [Online]. Available URL: <https://ijrcenter.org/cases-before-national-courts/domestic-exercise-of-universal-jurisdiction/#gsc.tab=0>, 2009 (December, 20).
- Kissinger, Henry A. “The Pitfalls of Universal Jurisdiction.” **Foreign Affairs** 80 (4) (July/August 2001): 86-96.
- Kraytman, Yuna S. “Universal Jurisdiction: Historical Roots and Modern Implications.” **Brussels Journal of International Studies** 2 (2005): 94-128.
- Lee, Win-chiat. “Terrorism and Universal Jurisdiction.” In **Intervention, Terrorism, and Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory**. Ed. Steven P. Lee. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007.
- Mokkhasen, Sasiwan. **Angry Victims and Families of Erawan Shrine Bombing Still Wait for Justice 1 Year Later** [Online]. Available URL: <http://www.Khaosodenglish.com/news/crimecourtscalamity/2016/08/17/1-year-erawan-bombing-victims-families-still-wait-justice/>, 2016 (August, 17).
- Romano, Cesare P.R., and Nollkaemper, André. **The Arrest Warrant Against the Liberian President, Charles Taylor** [Online]. Available URL: <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/16/arrest-warrant-against-liberian-president-charles-taylor>, 2003 (June, 20).
- Rome Statute of the International Criminal Court, **2187 U.N.T.S 90 art. 5-8 (1998)** [Online]. Available URL: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, 2002 (July, 1).

- Rome Statute of the International Criminal Court. **2187 U.N.T.S 90 arts. 12 (2), 13 (1998)** [Online]. Available URL https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en, 2002 (July, 1).
- Scheffer, David J. "Developments at the Rome Treaty Conference." Statement by the Ambassador at Large for War Crimes Issues and Head of the U.S. Delegation to the UN Diplomatic Conference on the Establishment of a Permanent International Criminal Court before the Senate Foreign Relations Committee, Washington, DC; July 23, 1998, Department of State Dispatch, August, 1998.
- Semmelman, Jacques and Snell, Karen. **Defending the International Extradition Case** [Online]. Available URL: <https://www.curtis.com/siteFiles/Publications/82E63C70F97081C764CA7C35F3837222.pdf>, 2006 (June).
- Turner, Jenialontcheva. "Nationalizing International Criminal Law." **Stanford Journal of International Law** 41 (1) (December 2005): 1-51.
- UN General Assembly (a). **United Nations Convention against Transnational Organized Crime: resolution adopted by the General Assembly, A/RES/55/25** [Online]. Available URL: <http://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html>, 2001 (January, 8).
- UN General Assembly (b). **International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism** [Online]. Available URL: <http://www.refworld.org/docid/3dda0b867.html>, 1999 (December, 9).
- UN General Assembly (c). **Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment** [Online]. Available URL: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html>, 1984 (December, 10).
- United Nations, General Assembly. **The Scope and Application of Universal Jurisdiction Principle: report of the Secretary-General, A/72/112** [Online]. Available URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/112, 2017 (June, 22).

The Impacts of BEPS on Intellectual Property
Tax Planning: Case Study of
“Double Irish” and “Dutch Sandwich”

Kittiya Prueksarungrueang

The Impacts of BEPS on Intellectual Property Tax Planning: Case Study of “Double Irish” and “Dutch Sandwich”

Kittiya Prueksarungrueang^{*}

Abstract

The Double Irish and Dutch Sandwich strategies are classified as international tax avoidance schemes that are usually exploited by high-tech multinational enterprises (MNEs), like Apple and Microsoft, for generally shifting huge profits through the layer of intellectual property licenses to low-tax or no-tax jurisdictions via Ireland. However, these strategies have been considered as very aggressive tax planning and have been put under global spotlight. Accordingly, the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project-launched by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)-purposes to grapple with the problems of BEPS by creating a BEPS Action Plan as internationally agreed standards. Under pressure from OECD and other countries, Ireland has already modified its tax laws and policies to comply with key BEPS recommendations. After the changes, it is doubted whether the Double Irish and Dutch Sandwich strategies will come to an end. Thus, this paper aims to analyze the effect on the Double Irish and Dutch Sandwich structures in the post-BEPS era.

Keywords: intellectual property tax planning, double irish, dutch sandwich

^{*} Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (second-class honor) Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in Tax Law (Distinction) Queen Mary University of London, UK, LL.M. in Intellectual Property Law (Distinction) Queen Mary University of London, UK. E-mail: kittiya_p@ru.ac.th.

Received 27 February 2019, Revised 29 March 2019, Accepted 1 April 2019.

1. Introduction

Intellectual property (IP)¹ is considered as an intangible asset that constitutes a major value-driver for multinational enterprises (MNEs).² Given that intangible assets, with a particular focus on IP, are non-physical assets having non-fixed geographical nexus, these assets can be relocated conveniently with minimal costs.³ As a consequence, this flexible element of IP has been regularly employed by MNEs by allocating IP assets to their subsidiaries in low-tax or zero-tax jurisdictions, thereby, alleviating their entire tax burden.

In order to realign IP rights to be taxed at a low or zero rate, two tax avoidance techniques known as the “Double Irish” and “Dutch Sandwich” schemes are famously adopted by some of the world’s largest companies like Apple and Microsoft. These regimes are different in respect of the company’s foundation; Double Irish involves only Irish subsidiaries, but Dutch Sandwich includes Dutch subsidiary adding in middle. In fact, these two schemes usually work together to shield the majority of worldwide sales from being taxed. The techniques take advantage of the difference of corporate tax residency rules between U.S. and Ireland.⁴ While the U.S. adopts a place of incorporation to identify the U.S. tax resident, Ireland applies a place of management and control test. This means that if a company is incorporated in Ireland but managed and controlled in a zero-tax

¹There are many statutory forms of intellectual property: copyrights, patents, trademarks, etc.

²Kelvin King, “The Value of Intellectual Property, Intangible Assets and Goodwill,” *Journal of Intellectual Property Rights* 7 (2002): 245-248.

³Lisa Katharina Evers, “Intellectual Property (IP) Box Regimes: Tax Planning, Effective Tax Burdens, and Tax Policy Options,” (PhD Thesis, Mannheim University, 2014), pp. 37-46.

⁴Danielle Thorne, “The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Anti-avoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of these Structures?,” (LL.M. Thesis, Victoria University of Wellington, 2013), pp. 5-14.

jurisdiction, a company will pay no tax on its incomes. As a consequence, overall tax bills of MNEs are largely decreased.

This IP-tax planning has captured considerable attention from the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), containing 35 member countries⁵ from both EU and non-EU countries. After this IP tax planning has been intensely scrutinized, it has been widely considered to be an aggressive tax planning strategy because they found that several billion dollars per year are shifted to tax havens and became tax-free profits, resulting in national tax bases erosion.⁶ The OECD has engaged in challenging tasks of Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) in order to cope with the problem by establishing the international standards through OECD's BEPS Project. Accordingly, Ireland, under international pressure, has given a favorable reception to the BEPS project and has modified its law to comply with BEPS recommendations.⁷ This article will focus exclusively on the impacts of BEPS on Double Irish and Dutch Sandwich structures and its status in the post-BEPS era.

This article consists of eight parts, including the Introduction and Conclusion. Part II will describe the U.S. tax system in general and its tax features, which are intimately related to the Double Irish and Dutch Sandwich regimes. Part III will demonstrate how the U.S. multinational enterprises (MNEs) exploit international loopholes in different tax systems, particularly Ireland and the Netherlands, to create the classic Double Irish and Dutch Sandwich structures. Part IV will focus on specific cases of the Double Irish and Dutch Sandwich schemes organized by Apple and Microsoft. Part V will examine the impacts of OECD's BEPS on the Double Irish and Dutch Sandwich structures and Ireland's responses. Part VI will discuss whether Ireland is still being an attractive location for foreign direct investment (FDI) after the

⁵OECD, **Members and Partners** [Online], available URL: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>, 2018 (April, 18).

⁶Supra note 4.

⁷Marc Alms, Kieran Taylor, and Cliona Donnelly, **Has BEPS Signaled the Death Knell for U.S. Pharmaceutical IP Migration to Ireland?** [Online], available URL: https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/beps_ireland_article.pdf, 2018 (May, 20).

BEPS Project. Part VII will determine whether the Double Irish and Dutch Sandwich regimes are completely eliminated in the post-BEPS era.

2. U.S. Tax System

Under U.S. federal tax purposes, a U.S. resident company is decided by a place of incorporation test. This means that a company will be treated as domestic if it is incorporated under the U.S. law, and a company will be treated as foreign if it is incorporated under another country's law.⁸ According to Title 26 of U.S.C., domestic and foreign corporations are treated differently for tax purposes. While domestic corporations are taxed on worldwide income, whether derived from the U.S. or abroad, foreign corporations are taxed only on "gross income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States."⁹ For eliminating the potential double taxation from this system, a foreign tax credit is granted for taxes paid to foreign countries in order to relieve the U.S. tax burden placed on foreign-source income.

In general, a resident corporation has no tax liabilities on profits generated through its overseas subsidiaries unless the profits are repatriated to the U.S. in the form of dividends. This concept has, therefore, convinced MNEs to set up foreign subsidiaries in tax havens and profit aboard, resulting in domestic tax base erosion. In order to curb this tax deferral problem, the U.S. has enacted the Controlled Foreign Company (CFC) legislation, which is grouped as one of anti-deferral rules.

⁸PwC, **Worldwide Tax Summaries Corporate Taxes 2017/18** [Online], available URL: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/corporate-tax/worldwide-tax-summaries/pwc-worldwide-tax-summaries-corporate-taxes-2017-18.pdf>, 2017 (April, 5).

⁹26 U.S.C. § 882.

2.1 Controlled Foreign Company (CFC) rules

In 1962, the CFC rules were codified in Subpart F of the Internal Revenue Code.¹⁰ The core concept of CFC rules is to collect taxes from some categories of passive income received through its controlled foreign companies, regardless of whether any distributions are made. One of the Subpart F income categories consists of “Foreign Personal Holding Company Income” (FPHCI), which includes passive income in the form of royalties.¹¹ Consequently, royalties earned through CFCs can be deemed as taxable income (or tainted income in technical term) in the hands of U.S. resident companies and may be taxed under CFC rules.¹²

Nevertheless, CFC rules have some exclusions. The noteworthy exception is called the “same country” exception. This exception prescribes that royalties earned from a related CFC that is incorporated in the same foreign country and uses a substantial part of its property in that foreign country are not FPHCI and, therefore, not taxed under CFC rules.¹³ Under this exception, it is immaterial whether CFCs are considered as tax residents under the laws of their respective foreign country. Apart from the specific CFC exclusions, other statutory regimes can make the CFC rules less efficient, in particular, with check-the-box regulations and look-through rules.

2.2 Check-the-box rules

In order to avoid CFC rules, MNEs have utilized check-the-box regulations contained in the Treasury Regulations. This regime allows a domestic or foreign company to elect whether it will be characterized as a corporation or a disregarded

¹⁰26 U.S.C. § 951-965.

¹¹26 U.S.C. § 954.

¹²Lowell D. Yoder, David G. Noren and Elizabeth Chao, **Expansion of Subpart F under the Tax Reform Act** [Online], available URL: <https://www.mwe.com/en/thought-leadership/publications/2018/02/expansion-of-subpart-f-under-the-tax-reform-act>, 2018 (March, 20).

¹³U.S. Internal Revenue Service, **Concepts of Foreign Personal Holding Company Income** [Online], available URL: https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/DPLCU_P_2_3_13.pdf, 2018 (February, 29).

entity for U.S. tax purposes.¹⁴ This regime results in what is widely known as a “hybrid entity,” which is defined as an entity that is treated as transparent for tax purposes in one jurisdiction while being treated as non-transparent in another jurisdiction.¹⁵ When the check-the-box regime is applied, the subsidiaries of the U.S. parent company are treated as a separate entity for U.S. tax purposes and, therefore, a royalty payment between two overseas subsidiaries will not be taxed under U.S. tax law.¹⁶ Check-the-box regime is one of the fantastic elements in the field of international tax planning. By checking a box on a tax return, a company can suddenly disappear from the radar of U.S. tax law, while remaining visible to all other fiscal systems. This regime, therefore, facilitates a host of tax system arbitrage opportunities.

2.3 Look-through Rules

After issuing the check-the-box regime in 1998, the look-through rules were issued in 2006 to support the effect of check-the-box regime, which was laid down through Treasury Regulations that may be revised or revoked at any time.¹⁷ The rules have been formulated under Section 954 (c) (6) of Internal Revenue Code.¹⁸

¹⁴Eter Burkadze, “Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions,” **International Transfer Pricing Journal** 23 (2016): 367-377.

¹⁵OECD, **Glossary of Tax Terms** [Online], available URL: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>, 2019 (January, 20).

¹⁶Joseph B. Darby III and Kelsey Lemaster, “Double Irish More than Doubles the Tax Saving: Hybrid Structure Reduces US, Irish and Worldwide Taxation,” **Practical US/International Tax Strategies** 11, 9 (2007).

¹⁷Felix I. Lessambo, **International Aspects of the US Taxation System** (New York: Palgrave Macmillan, 2016), p. 329.

¹⁸26 U.S.C. § 951 (c) (6):

“(6) Look-thru rule for related controlled foreign corporations

(A) In general

For purposes of this subsection, dividends, interest, rents, and royalties received or accrued from a controlled foreign corporation which is a related person shall not be

Both look-through rules and check-the-box regulations produce the same result: royalty payments between two CFCs are excluded from the CFC regime, and the look-through rules, thereby, are not taxable.

3. The exploitation of International Tax Loopholes

The Double Irish and Dutch Sandwich strategies are used to minimize the corporate tax burden by taking advantage of the idiosyncrasies of varied national tax law. The main feature of these structures is to exploit the differences in tax residency rules between the U.S. and Ireland. While Irish resident companies are defined by the place of central management and control, US resident companies are defined by the place of incorporation. This means that no taxes are levied on a company incorporated in Ireland if the company is managed and controlled outside Ireland.¹⁹ Many U.S. companies take advantage of this feature in the Irish tax law to create the Double Irish and Dutch Sandwich schemes.

Apart from Irish residency rules, there are other tax features that could bring lots of advantages to MNEs. As most companies expect to transfer their profits to low-tax or no-tax jurisdictions, Ireland may be an attractive destination because of

treated as foreign personal holding company income to the extent attributable or properly allocable (determined under rules similar to the rules of subparagraphs (C) and (D) of section 904 (d) (3)) to income of the related person which is neither subpart F income nor income treated as effectively connected with the conduct of a trade or business in the United States. For purposes of this subparagraph, interest shall include factoring income which is treated as income equivalent to interest for purposes of paragraph (1) (E). The Secretary shall prescribe such regulations as may be necessary or appropriate to carry out this paragraph, including such regulations as may be necessary or appropriate to prevent the abuse of the purposes of this paragraph.”

¹⁹Stephen C. Loomis, “The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens,” *St. Mary’s Law Journal* 43, 4 (2012): 825-853.

its low corporate tax rate—which is just 12.5%. Another striking feature is that no CFC rules are applied for limiting the deferral of tax abroad.²⁰

3.1 Double Irish Structure

As depicted in Figure 1, a principal characteristic of the Double Irish scheme is that a U.S. parent company (hereinafter “U.S. Co”) sets up two wholly-owned Irish subsidiaries, as reflected by its name. The first Irish subsidiary (hereinafter “Irish Sub 1”) is the first-tier subsidiary organized in Ireland but managed and controlled in low-tax jurisdictions or tax havens such as Bermuda, Cayman Islands, and the British Virgin Islands. The second Irish subsidiary (hereinafter “Irish Sub 2”) is a second-tier subsidiary organized, managed, and controlled in Ireland.

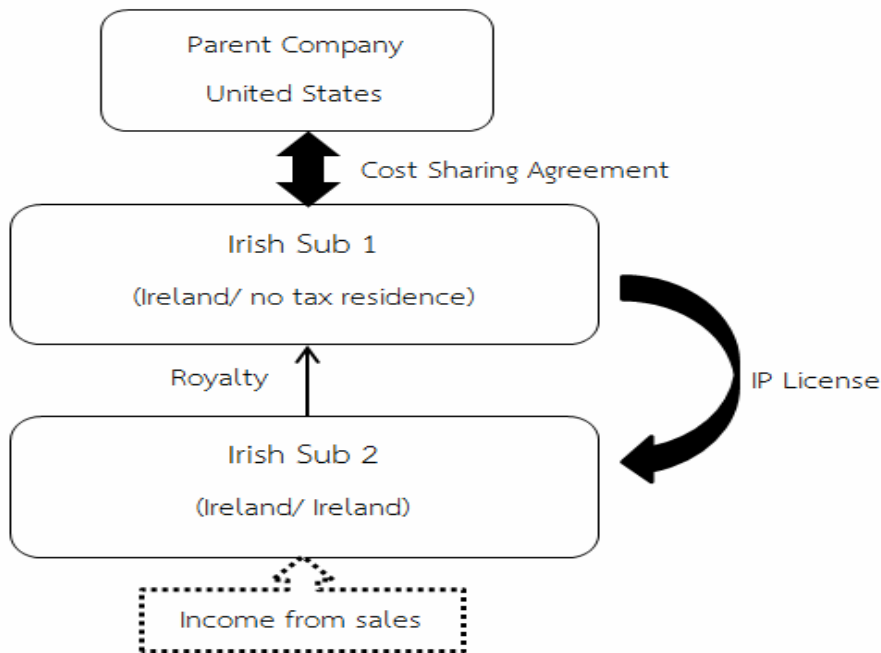


Figure 1. The basic framework of the Double Irish scheme.

²⁰Polly Toynbee, “No End to Tax Piracy, No Money,” **Gulf News** [Online], available URL: <http://gulfnews.com/mobile/business/opinion/no-end-to-tax-piracy-no-money-1.719309>, 2017 (November, 28).

After the establishment of the two subsidiaries, it is time for a layer of sublicensing. First, the U.S. Co will transfer some IP rights to Irish Sub 1 for improvement and exploitation of IP outside the U.S., and Irish Sub 1 has to pay an arm-length price in return for such rights. Then, Irish Sub 1 will sublicense these IP rights to Irish Sub 2, which must pay royalty fees in return. The main business of Irish Sub 2 is to sublicense its IP rights to other overseas subsidiaries, sell products to purchasers, and amasses the corresponding income.

The reasonable grounds behind each step will be explained. When Irish Sub 2 receives the worldwide sales income, Irish Sub 2 enables to deduct a huge amount of royalty fees paid to Irish Sub 1 as an expense in the computation of the company's profit; thus, the remaining income of Irish Sub 2 is taxed at only a 12.5% corporate tax rate, resulting in tax reduction.²¹ At this point, income received by Irish Sub 1 also obtains benefit from an international tax loophole because there are different rules for determining tax residency of a company between the U.S. and Ireland. A company will be treated as a U.S. tax resident if the U.S. is the place where it is incorporated, while a company will be regarded as an Irish tax resident if Ireland is the place where it is managed and controlled. Accordingly, Irish Sub 1 becomes a dual resident company. As an explanation, it is treated as an Irish company under U.S. tax purposes because of its place of incorporation, while it is regarded as, for example, a Bermuda company under Irish tax purposes due to its place of control and management. Consequently, the royalty fees received by Irish Sub 1 are subject to tax at a very low tax rate, or it may not be subject to tax because it is usually managed and controlled in low-tax or zero-tax territories. From Ireland's perspective, Irish Sub 1 and Irish Sub 2 are recognized as two separate entities: a non-Irish company and an Irish company, respectively. Therefore, these two Irish subsidiaries can be taxed separately.

²¹Lowder J. Bryan, **The Double Irish and the Dutch Sandwich: The Explainer's Field Guide to Exotic Tax Dodges** [Online], available URL: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2011/04/the_double_irish_and_the_dutch_sandwich.html, 2017 (April, 14).

Under U.S. tax purposes, Irish Sub 1 and Irish Sub 2 can file an election under the U.S. check-the-box regime in order to be recognized as disregarded entities and, as a result, be ignored under U.S. tax purposes. Royalty payments received by Irish Sub 1 will be disregarded because Irish Sub 1 is viewed as an Irish single entity (not U.S. entity); thus, no U.S. tax burden arises. Following this tax effect, some may wonder why the CFC regime, which is intentionally created to impose U.S. tax on passive income from foreign affiliates, is not applied. This is because Irish Sub 1 is regarded as an Irish resident for U.S. tax purposes. When royalty income is paid from Irish Sub 2 to Irish Sub 1, this income will be treated as a payment between two Irish companies. As a result, this income will be exempted under the “same country exception”.

Even though the Double Irish structure appears to be an effective strategy for reducing tax liabilities under the U.S. tax purpose, this structure seems to be unsatisfactory for easing tax burdens under the Irish tax purpose. According to Irish law, royalty payments between an Irish resident company and a non-resident company may be subject to an Irish withholding tax. Therefore, Ireland can impose withholding taxes on the royalty payments made by Irish Sub 2 to Irish Sub 1 (located in Bermuda) at 20 percent.²²

3.2 Double Irish and Dutch Sandwich Structures

The Dutch Sandwich scheme is used together with the Double Irish structure in order to avoid paying withholding taxes. As shown in Figure 2, the structures of the Double Irish and Dutch Sandwich schemes have an elaborated structure, including many steps to follow. The Double Irish and Dutch Sandwich structures usually include at least four companies: one for parent company and others for subsidiaries.

²²Supra note 8.

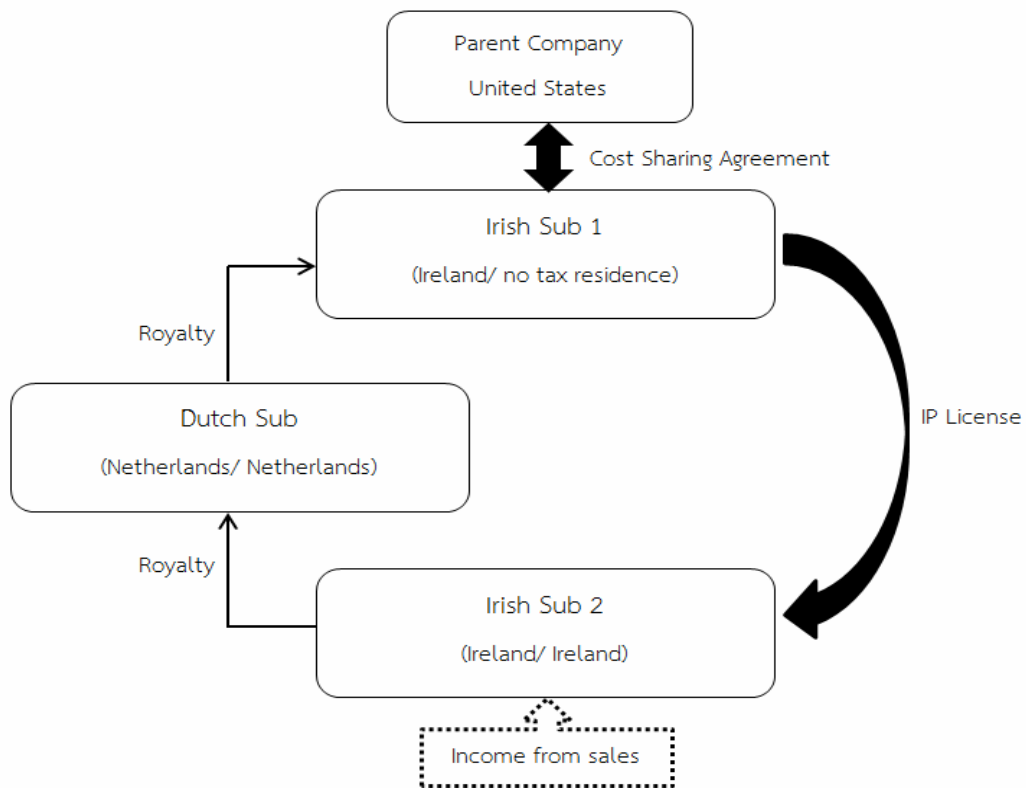


Figure 2. The basic structure of the Double Irish and Dutch Sandwich schemes.

The Double Irish and Dutch Sandwich structures start from the establishment of foreign subsidiaries in the similar way as the Double Irish, but just put Dutch subsidiaries in the middle. A parent company, which is generally tax resident in the U.S., sets up an entirely owned company (e.g., Irish Sub 1) that is registered under the laws of Ireland but managed and controlled in a tax haven country, such as Bermuda, the Cayman Islands, and the British Virgin Islands. Then, Irish Sub 1 finds another totally owned company in the Netherlands (hereinafter “Dutch Sub”), which further forms a wholly owned company that is operated, managed, and controlled in Ireland (e.g., Irish Sub 2). The main business of Irish Sub 2 is the same as the DI structure, which is to sell commodities to purchasers across the globe and generate the sales income. After setting up these affiliates, the layers of IP licenses begin again.

The Double Irish and Dutch Sandwich structures obtain further tax efficiencies, compared to the simple DI structure. By interposing a Dutch (or other EU) company between Irish Sub 1 and Irish Sub 2, the royalty payments from Irish Sub 1 to Irish Sub 2 are not subject to the Irish withholding tax. This is due to the fact that EU directives do not allow EU member states to levy withholding taxes when payments are made between EU resident companies. As pursuant to Dutch law, there is no withholding tax on royalties. Therefore, royalties paid from Irish Sub 2 to Dutch Sub, and then from Dutch Sub to Irish Sub 1 have no withholding tax. It can be obviously seen that inserting Dutch Sub for running the licenses and royalty payments can bypass the Irish withholding tax, thereby, lowering the total tax burden. Moreover, this Dutch Sub also checks the box to be treated as a disregarded entity under U.S. tax purposes. Hence, the Dutch Sub is not subject to U.S. corporate taxes.

4. Case study

Many U.S. MNEs have taken advantage of international laws' loopholes to shift profits around the globe in order to decrease their tax liabilities. Double Irish and Dutch Sandwich structures are famous tactics that have been adopted and are extensively employed by technology corporations since profits from IP rights can be shifted easily, by assigning these rights to foreign subsidiaries. This part gives an illustration of how large MNEs, such as Apple and Microsoft, use Double Irish and Dutch Sandwich structures to transfer profits across countries, which results in paying less taxes.

4.1 Apple Inc.

As shown in Figure 3, Apple's group structure is designed to attribute Apple commodities around the globe. Apart from boosting sales, the Apple structure plays a crucial role in tax planning. Following parts of this structure, Apple launched three main wholly-owned subsidiaries in Ireland as follows: Apple

Operations International (AOI), Apple Operations Europe (AOE) and Apple Sales International (ASI). These three subsidiaries are important elements of Apple's Double Irish arrangement.

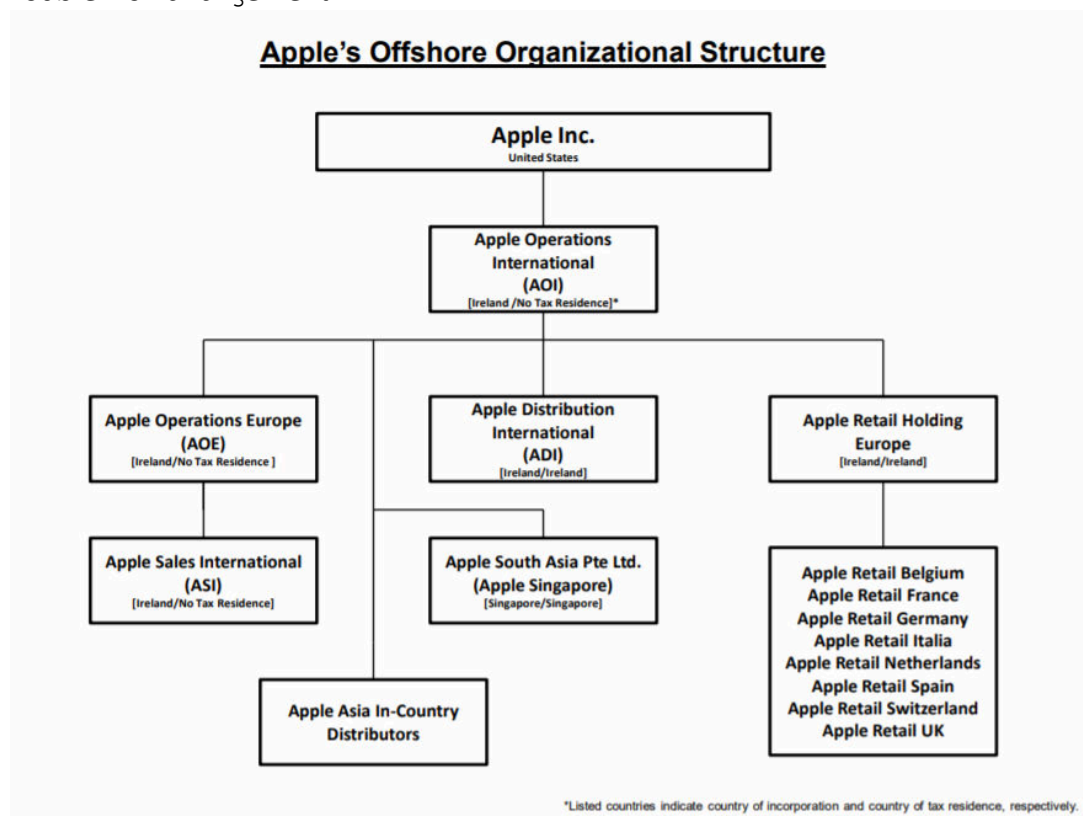


Figure 3. Apple's offshore organizational structure.²³

Compared to other U.S. MNEs, Apple's tax structure is relatively simple because it does not involve in the Dutch Sandwich scheme, mentioned in Part three. Apple takes advantages from different definitions of corporate residence in Ireland and the U.S. Due to the fact that all three subsidiaries incorporated in Ireland with central management and control in the U.S, these subsidiaries are,

²³U.S. Government (a), **Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part 2 (Apple Inc.)** [Online], available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113shrg81657/pdf/CHRG-113shrg81657.pdf>, 2017 (May, 21).

therefore, neither a resident of Ireland nor the U.S. It follows that foreign income earned by these three subsidiaries are tax-free in both countries; however, source income derived from Ireland can be taxed (if any).²⁴ The U.S. CFC regime is terribly inefficient to contend with Apple's Double Irish structure because of the magic of check-the-box regime. By checking the box, Apple has elected not to characterize its subsidiaries as a corporation for U.S. tax purposes, but each subsidiary is still considered a juridical person for all non-U.S. tax purposes. As a consequence, each subsidiary is treated as a disregarded entity for U.S. tax purposes which means that no U.S. taxes are levied.

After setting up subsidiaries in Ireland, Apple starts a layer of IP licenses (as presented in Figure 4). Apple Inc., the parent company in the U.S., entered into a cost sharing agreement with AOI. Then, AOI licenses its IP rights to AOE, which relicenses the IP rights to ASI in exchange of a high amount of licensing fees. ASI is, ultimately, the heart of Apple's international tax arrangements, which has an important duty to relicense its IP rights to Apple's other foreign subsidiaries and collects royalties for IP rights on its products around the world.

²⁴Antony Ting, "iTax-Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue," **British Tax Review** 1 (2014).

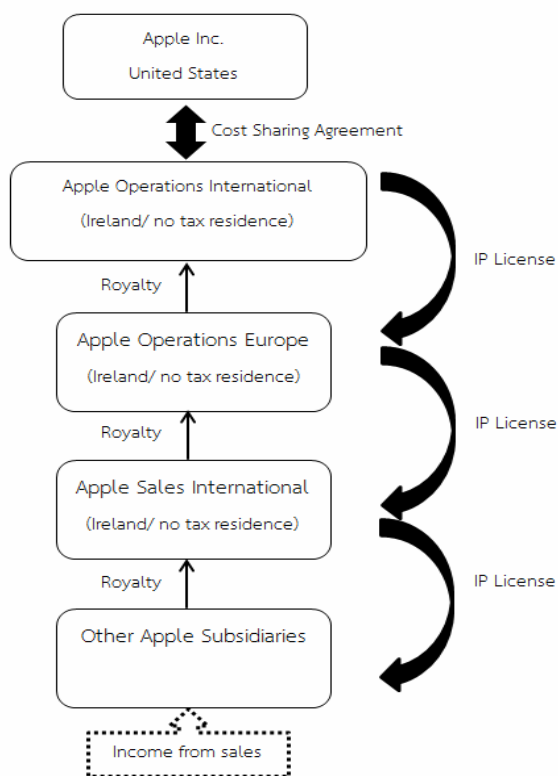


Figure 4. Apple's Double Irish structure.

When Apple receives earnings from selling Apple products within overseas markets, including both the European and Asia market, Apple's overseas subsidiaries have to pay a huge amount of royalties to an Irish company (e.g., probably AOI) for the exploitation of its' IP rights. Royalty fees paid by foreign affiliates can be deducted as an expense in computing the company's taxable profits. As a result of shifting profit earned on the sale to the Irish subsidiary, Apple's tax bills of its foreign subsidiaries around the world are declined massively.²⁵ According to the financial data provided by Apple in 2015, Apple's revenue comes mostly from United States, Europe, and Asia, respectively. However, Apple paid

²⁵U.S. Joint Committee on Taxation, **Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing** [Online], available URL: https://www.jct.gov/publications.html?func=download&id=3692&chk=3692&no_html=1, 2017 (July, 22).

\$16.1 billion for U.S. federal and state taxes while Apple paid just \$2.9 billion for all foreign taxes which make a sharp difference. Consequently, Apple tax payments around the world have come under spotlight.

On June 12, 2013, the European Commission (the Commission) requested Ireland to provide data about the practice of tax rulings in Ireland, particularly about the Apple group. The Commission suspected that the tax ruling granted to Apple constituted State aid pursuant to Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).²⁶ The Commission had to examine whether that aid is compatible with the internal market.²⁷ After the examination process, the Commission decided that the Apple's tax arrangements with Ireland were illegal and Apple had to pay \$16.1 billion for tax penalty.²⁸

The Asia-Pacific countries also put the Apple arrangement under scrutiny. China will be used as an example in this case. The standard corporate tax rate in China is 25% but can reduce to 15% for qualified new and high-tech enterprises.²⁹ Apple's 2015 fiscal year reported \$23 billion operating income in Greater China but that profit was taxed at only 12.6%, which is extremely low.³⁰ Robert Willens, a tax

²⁶TFEU Article 107 (1): '(1) Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.'

²⁷European Commission, **State aid-Ireland - State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) - Alleged aid to Apple - Invitation to submit comments pursuant to Article 108 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union Text** [Online], available URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fce0c6ed-55d2-11e4-a0cb-01aa75ed71a1/language-en>, 2016 (October, 17).

²⁸Ibid.

²⁹Supra note 8.

³⁰Zheping Huang and Heather Timmons, **Apple's Tax Rate in China also Appears to be Remarkably Low** [Online], available URL: <https://qz.com/771449/it-is-almost-impossible-to-know-how-much-tax-apple-is-paying-in-china/>, 2016 (September, 2).

consultant and Columbia Business School professor of taxation, explained on CNBC in 2016 that Apple's Chinese subsidiaries have to pay royalty fees to the Irish company under an IP license agreement, thereby, shifting profits out of China.³¹ There is no formal requirement imposed by China's State Administration for Industry & Commerce in order to force companies to publish their financial statements. As a result, there's no public channel to investigate Apple's Chinese tax liabilities.³²

4.2 Microsoft

Microsoft began to create an elaborate structure of interconnected overseas entities, as depicted in Figure 5, to generate international sales and lower tax burdens of the Microsoft group. Microsoft has also utilized the Double Irish and Dutch Sandwich arrangements. Under Microsoft's Double Irish and Dutch Sandwich structures, there are at least six companies involved: (1) Microsoft Corporation, which is the parent company situated in the U.S.; (2) RI Holdings, which is registered in Bermuda but located in Ireland; (3) Microsoft Round Island One, which is an Irish affiliate; (4) Microsoft Ireland Research, which is an Irish trust company located in Ireland; (5) Microsoft Ireland Operation Ltd, which is an Irish company but placed in Bermuda and, (6) Microsoft Financing International B.V., which is a Dutch resident.

³¹Ibid.

³²Ibid.

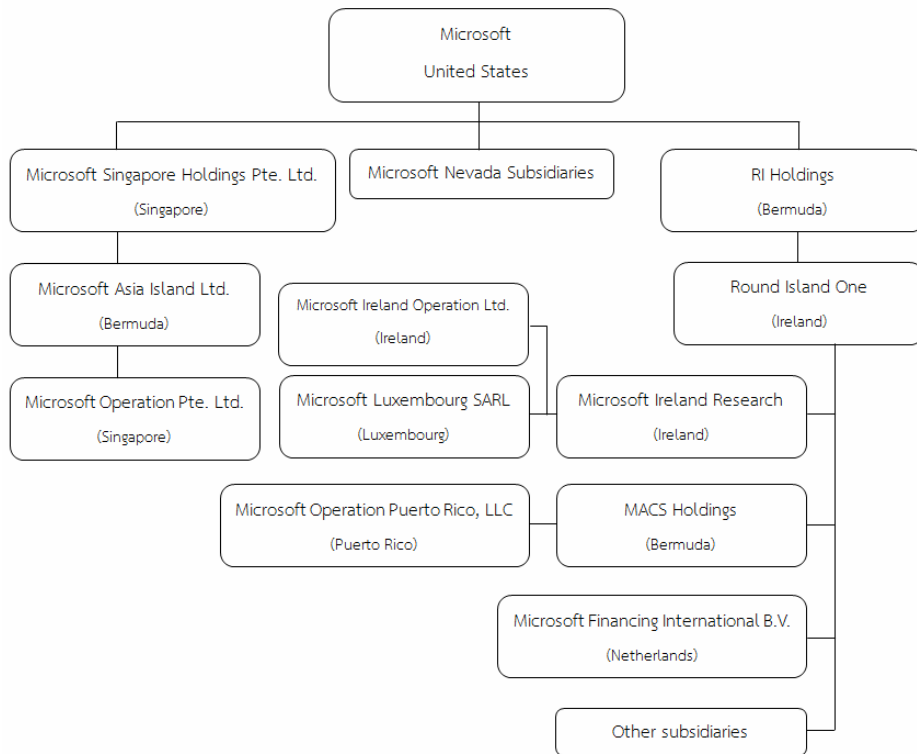


Figure 5. Microsoft's overseas tax structure.³³

All Microsoft Affiliates are linked in a chain. Microsoft Corporation entirely owns RI Holdings, a holding company with industrial company status registered in Bermuda but located in Ireland. As its place of incorporation, RI Holdings is subject to a zero percent tax rate in Bermuda. Therefore, neither the U.S. nor the Irish tax authorities can collect taxes from this company. Through this holding company, Microsoft Corporation then totally owns Microsoft Round Island One as its CFC. Under the control of CFC rules, it means that profits arriving from Ireland may be taxed under the U.S. tax law. In order to escape CFC rules, they planned to set up

³³Susana Anggraeni, "Money Moves: Tax Planning in Multinational Companies: A Case of Microsoft," (CEMS Thesis, Norwegian School of Economics, 2015), pp. 49-59.

Microsoft Ireland Research and Microsoft Ireland Operation Ltd, which are totally owned by Microsoft Round Island. A group of entities in Ireland then performs a role as regional operating centers for licensing, manufacturing, operating, and selling their products across Europe, the Middle East and South Africa (EMEA).³⁴

After setting up the company structure, the IP-tax planning started with reaching a licensing agreement between Microsoft Corporation (licensor) and Microsoft Ireland Research (licensee) in exchange of royalty fees. After that, Microsoft Ireland Research (new licensor) relicensed its IP rights to Microsoft Ireland Operation Ltd (new licensee), which ultimately has IP rights to manufacture and sell the Microsoft commodities across EMEA. All incomes earned by Microsoft Ireland Operation Ltd will transfer to Microsoft Ireland Research, and then to Round Island One. However, the profits transferred to Round Island One are not liable for U.S. taxes because both subsidiaries are transparent entities for tax purposes under check-the-box rules. At the same time, the transfer will not be taxed in Ireland since Round Island One is the owner of both subsidiaries.

Then, Round Island One needs to move the profits to RI Holdings in Bermuda. Nevertheless, if the profits are directly transferred to RI Holdings, Round Island one will be liable for withholding taxes. In order to avoid withholding taxes, the profits are routed to Microsoft Financing International B.V. in the Netherlands before being shifted to RI Holdings because the payment made between European countries is exempted from withholding taxes. Through this structure, not only can the Microsoft group decrease the levied tax but also facilitate international sales across the globe.³⁵ According to the Irish Times (2005), Microsoft's Irish subsidiaries made a profit of \$802.4 million in 2004 but paid no tax.³⁶ The Microsoft's Double

³⁴Susana Anggraeni, "Money Moves: Tax Planning in Multinational Companies: A Case of Microsoft," (CEMS Thesis, Norwegian School of Economics, 2015), pp. 49-59.

³⁵Anggraeni, Ibid.

³⁶Colm Keena, **Microsoft Earns \$802m Tax-free in Irish Subsidiary** [Online], available URL: <https://www.irishtimes.com/business/microsoft-earns-802m-tax-free-in-irish-subsidiary-1.519644>, 2017 (November, 19).

Irish and Dutch Sandwich structures to generate sales across EMEA are illustrated in Figure 6.

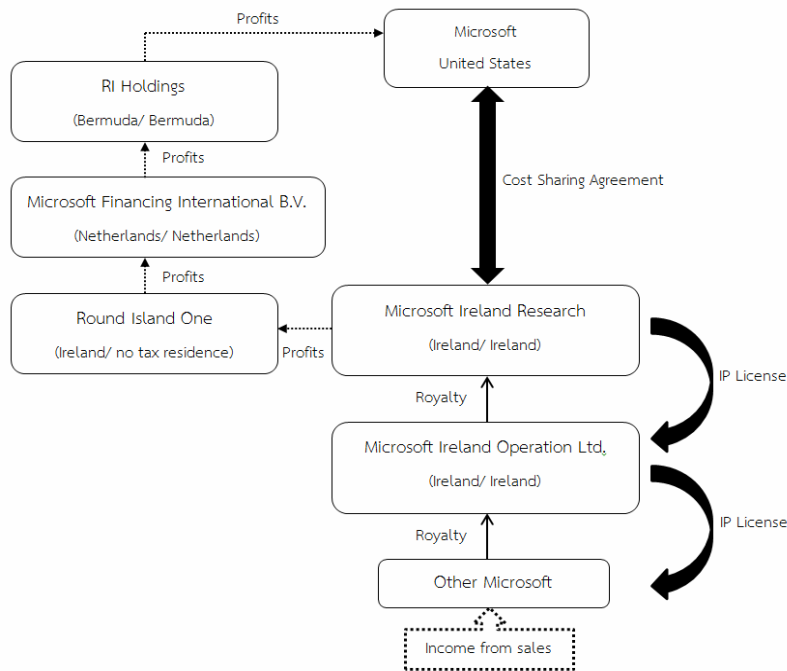


Figure 6. Microsoft's Double Irish and Dutch Sandwich structures.

While Ireland is a regional operating center in EMEA, Singapore is chosen as a regional operating center in Asia and Pacific. Microsoft has planned to establish a group of Singapore subsidiaries that have a pivotal role for retail sales across Asia and Pacific. Microsoft formed first-tier subsidiary named Microsoft Singapore Holdings Pte. Ltd, which is a totally-owned CFC of Microsoft parent company. To escape U.S. CFC rules, Microsoft Singapore Holdings Pte. Ltd established second-tier subsidiaries named Microsoft Asia Island Limited (MAIL) registered in Bermuda, which wholly owns Microsoft Operation Pte. Ltd (MOPL).³⁷ MAIL has entered into the cost sharing

³⁷ Jeffrey A. Maine and Xuan-Thao Nguyen, *The Intellectual Property Holding Company Tax Use and Abuse from Victoria's Secret to Apple* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), pp. 197-198.

agreement with Microsoft U.S. in exchange of \$1.2 billion royalty fees and then relicensed the right to attribute Microsoft commodities in Asia-Pacific to MOPL for \$3 billion. As both second-tier subsidiaries are disregarded entities under U.S. CFC rules, Microsoft group saved \$1.05 million in 2012 since the transaction is not liable for U.S. taxes.³⁸ At the same time, Microsoft can shift its profits from Singapore to Bermuda, through MAIL, without being taxed by the U.S. government. Under Microsoft group arrangement, MOPL in Singapore has a similar rule as Microsoft Ireland Operation Ltd in Ireland to collect most of Microsoft's international revenues. It is obvious that Microsoft sales in Asia does not involve the Double Irish and Dutch Sandwich regimes but Singapore has been used as its business hub (see Figure 7), whereas Microsoft sales in Europe has utilized Double Irish and Dutch Sandwich regimes to lower their group tax burdens.

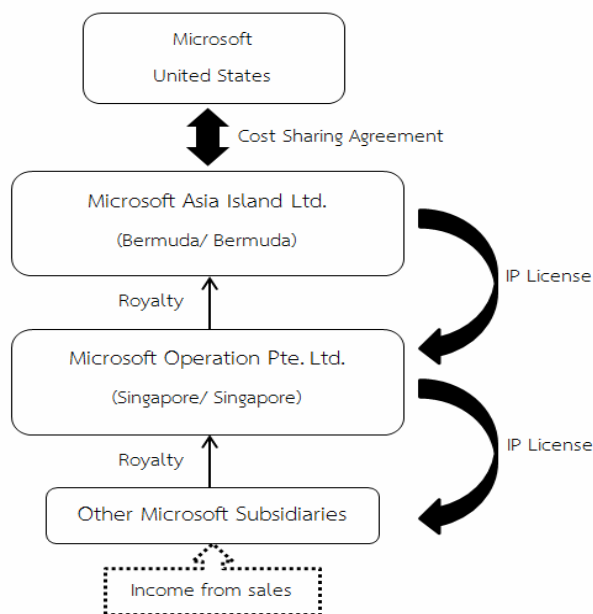


Figure 7. Microsoft sales structure in Asia.

³⁸U.S. Government, *Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part1 (Microsoft and Hewlett-Packard)* [Online], available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-112shrg76071/pdf/CHRG-112shrg76071.pdf>, 2017 (May, 1).

Microsoft's tax arrangement has also come under tax spotlight by other jurisdictions across the globe, alongside with Apple, Google, and other high-tech technology companies. Australia will be used as a sample of this case. According to Seattle Times (2015), Microsoft's Australia generated massive sales about \$2.1 billion to Australian customers in its 2014 fiscal years, but only 5% of those revenues were taxed in Australia with a 30% corporate tax rate.³⁹ The rest of the revenues were technically billed by an offshore company located in Singapore. Microsoft Australia was audited by the Australian Tax Office as its profits are being sent offshore. Bill Sample, Microsoft's corporate vice president of tax, admitted that the revenues from Australia were billed in Singapore⁴⁰ and said that Microsoft "complied with the tax rules in Australia and in each jurisdiction in which it operates and pays billions of dollars each year in total taxes."⁴¹

Microsoft's tax structure was also scrutinized by the government of China. According to an article published in 2014 by Xinhua, China's official news agency, a U.S. Tech giant company-referred to only as "Company M"- had to pay the Chinese government 840 million yuan (\$140 million) in back taxes and interest, as well as additional 100 million yuan (\$15.8 million) per year in future taxes.⁴² Microsoft agreed to pay the tax fine. This case has been called China's first major

³⁹ Matt Day, **How Microsoft Moves Profits Offshore to Cut Its Tax Bill** [Online], available URL: <https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-microsoft-parks-profits-offshore-to-pare-its-tax-bill/>, 2016 (December, 16).

⁴⁰ Nassim Khadem, **Microsoft Defends Using Hubs in Ireland, Singapore and Puerto Rico to Cut Tax Rate** [Online], available URL: <https://www.smh.com.au/business/microsoft-defends-using-hubs-in-ireland-singapore-and-puerto-rico-to-cut-tax-rate-20150211-13boea.html>, 2017 (February, 11).

⁴¹ Jenni Ryall, **Apple, Google and Microsoft Grilled Over Australian Tax Avoidance** [Online], available URL: <https://mashable.com/2015/04/08/apple-google-microsoft-tax/#5aDM7JJoUaqH>, 2017 (April, 8).

⁴² Bill Rigby and Bernad Orr, **Microsoft to Pay China \$140 Million for 'Tax Evasion'** [Online], available URL: <https://www.reuters.com/article/us-microsoft-china-tax/microsoft-to-pay-china-140-million-for-tax-evasion-idUSKCN0J92DD20141125>, 2016 (November, 26).

anti-tax evasion case because a huge amount of profits was transferred through various jurisdictions, taking advantage of the differences in their tax rates.⁴³

5. BEPS Impacts & Ireland's Responses

5.1 BEPS Impacts

As the Double Irish regime has contributed to BEPS by exploiting tax loopholes to artificially shift profits to non-tax or low-tax countries, this regime has been chiefly concerned by the OECD. The OECD has attempted to tackle BEPS through the OECD BEPS Project by launching the action plans as a comprehensive framework of international standards and recommendations. There are three main action plans relevant to this topic: Action 5, Action 8, and Action 13.

1) BEPS Action 5

Action 5 of the BEPS Action Plan develops a strategy to oppose harmful tax practices. In context of the IP regime, the nexus approach is picked as an appropriate IP regime. This approach uses expenditures as a proxy for substantial activity, allowing a taxpayer to gain advantages from the IP regime-only to the extent that IP income arising from qualifying Research and Development (R&D) expenditures in that country-in order to stimulate R&D activities and to foster growth and employment.⁴⁴

⁴³Toh Han Shih, **Beijing to Step Up Tax Evasion Campaign after US Multinational Firm Caught** [Online], available URL: <http://www.scmp.com/business/china-business/article/1647942/beijing-step-tax-evasion-campaign-after-us-multinational>, 2017 (November, 25).

⁴⁴OECD, **Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5-2015 Final Report** [Online], available URL:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>, 2015 (April, 22).

2) BEPS Action 8

The most relevant BEPS Action Plan is Action 8, which refers to transfer pricing issues of intangibles. This Action gives guidance to countries on how to prevent BEPS from transferring intangibles among group members by offering three suggestions. The first suggestion is the meaning of intangibles should be broad and clear. The second suggestion is to ensure that intangibles are properly allocated in accordance with value creation, based on DEMPE (Development, Enhancement, Maintenance, Protection, and Exploitation) functions, and profits must be aligned with substance. The final suggestion is to impose transfer pricing rules or special measures for hard-to-value intangibles' transactions.⁴⁵ As a result of these recommendations, MNEs can allocate intangibles in country merely where certain key functions are performed.

3) BEPS Action 13

Apart from Action 8, the OECD BEPS Project Action 13 also requires OECD member states, including Ireland, to implement Country-by-Country (CbC) reporting into their domestic laws.⁴⁶ CbC reporting is an automatic government-to-government information exchange mechanism that allows tax authorities to access useful information on the global allocation of MNEs' budget, profit, tax, and other attributions. Consequently, tax authorities around the world can observe and understand tax planning structures of MNEs and have an opportunity to prevent aggressive tax planning before, or immediately after, eroding their tax bases.

⁴⁵OECD, **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10-2015 Final Reports** [Online], available URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>, 2015 (November, 18).

⁴⁶OECD, **Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13-2015 Final Report** [Online], available URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>, 2015 (October, 20).

As OECD's BEPS Project raises public concern toward BEPS issues, many countries tend to concentrate more on MNEs' cross border structure to protect their revenue bases. Apart from focusing on MNEs' structure, most jurisdictions around the world have already changed their domestic rules complied with several key BEPS recommendations.⁴⁷ The onus is on jurisdictions, especially Ireland, to defend its reputation as an international market hub by proving that their laws and policies are complied with internationally agreed tax standards and not just for tax breaks.

5.2 Ireland's Responses

Due to acquiring negative connotations made by the OECD BEPS Project, the updated report on Ireland's international tax strategy was published in October 2015 to indicate that "Ireland has committed to the BEPS process and will play its full part in implementation."⁴⁸ This was affirmed by the introduction of new Irish corporate tax residence rules, the Knowledge Development Box (KDB), as well as country-by-country reporting into Ireland's domestic law.

1) New Irish corporate tax residence rules

With the aim of defending Ireland's reputation, the former Minister for Finance, Michael Noonan, announced in 2014 during the Budget 2015 that "I am abolishing the ability of companies to use the "Double Irish" by changing our residency rules to require all companies registered in Ireland to also be tax-resident."⁴⁹

⁴⁷KPMG, **OECD BEPS Action Plan-Moving from Talk to Action in the Asia Pacific Region** [Online], available URL: <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2016/05/oecd-beps-taking-the-pulse-in-the-asia-pacific-region-2016.html>, 2017 (July, 3).

⁴⁸Department of Finance (Ireland), **Update on Ireland's International Tax Strategy** [Online], available URL: http://www.budget.gov.ie/Budgets/2016/Documents/Update_on_Irelands_International_Tax_Strategy_pub.pdf, 2017 (October, 12).

⁴⁹Dominic Coyle, **Multinationals Turn From 'Double Irish' to 'Single Melt' to Avoid Tax in Ireland** [Online], available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/multinationals-turn-from-double-irish-to-single-melt-to-avoid-tax-in-ireland-1.3290649?mode=sample&auth-failed=1&pw-origin=https%3A%2F%2F>, 2017 (November, 14).

The changes are contained in the Irish Finance Act 2014 with effect from January 1, 2015 onwards. This means that any companies incorporated in Ireland on or after January 1, 2015 will be treated as Irish resident companies for Irish tax purposes.⁵⁰ Transitional period were also contained in grandfathering provisions, such that companies incorporated on or before December 31, 2014 may continue to be treated as non-Irish resident companies until January 1, 2020 if certain conditions are fulfilled.⁵¹ According to these changes, the Double Irish structure could not be built henceforth. However, there is only one exemption to this new rule by means of the double taxation agreement (DTA). If the terms of DTA between Ireland and a country regard a company as a resident in that country, the company will still be treated as resident of that country.⁵²

2) Knowledge Development Box

The Knowledge Development Box (KDB) has been introduced by the Irish Finance Act 2015, with effect from January 1, 2016 onwards. KDB is defined by Irish Tax and Customs as a corporation tax relief,⁵³ which seems to be used as one of the tax incentives for IP holding companies located in Ireland. In accordance with the modified nexus approach set out in BEPS Project Action 5, certain profits of a company may be entitled to be taxed at a 6.25% tax rate (which is twice lower than the corporate tax rate for trading income at 12.5%), only if the IP profits arising from qualifying assets that are the result of actual R&D activities conducted in Ireland or an offshore branch of the Irish enterprise.⁵⁴ This means that only qualifying IP profits

⁵⁰ Louise Kelly, **Ireland-An Attractive Location in a Post-BEPS World** [Online], available URL: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/ITR-Ireland.pdf>, 2018 (February, 8).

⁵¹ Supra note 50.

⁵² Supra note 50.

⁵³ Irish Tax and Customs, **Knowledge Development Box (KDB)** [Online], available URL: <https://www.revenue.ie/en/companies-and-charities/reliefs-and-exemptions/knowledge-development-box-kdb/index.aspx>, 2018 (December, 12).

⁵⁴ Ibid.

can be taxed at 6.25%. Interestingly, Ireland's KDB is the first KDB regime complying with the new standards of the OECD's modified nexus approach, which was set out in the final reports of the OECD's BEPS project Action 5.

3) Country-by-Country reporting

In accordance with the BEPS Action 13 Final Report, the CbC reporting was implemented in Ireland, as contained in Section 891H of the Taxes Consolidation Act 1997-inserted by Section 33 of Finance Act 2015 and amended by Section 24 of Finance Act 2016-and Taxes (CbC Reporting) Regulations 2016. Following the OECD guidance published in August 2016, Guidance on the Implementation of CbC Reporting,⁵⁵ the legislations require MNE Groups with consolidated group revenue of €750 million or more in the immediately preceding fiscal year to file CbC reports in Ireland.⁵⁶ A CbC report should include information, such as the amount of unconnected party revenue, connected party revenue and total revenue, amount of profit or loss before income tax, as well as amount of income tax paid.⁵⁷

6. The Attractiveness of Ireland after BEPS

It is undeniable that many MNEs were influenced to structure their IP ownerships in Ireland because of the Double Irish scheme. However, due to the impacts of the BEPS Project, the Double Irish structure may become less feasible. The obvious question flashing into mind is whether Ireland remains an attractive location to stimulate new investment. As a competitive environment has been increasing progressively in order to attract FDI, Ireland has to maintain and develop its competitive position to be a higher-level position. Consequently, new Irish tax

⁵⁵OECD, **Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting: BEPS Action 13** [Online], available URL: www.oecd.org/tax/guidance-on-the-implementation-of-country-by-country-reporting-beps-action-13.pdf, 2018 (February, 14).

⁵⁶Irish Tax and Customs, **Country-By-Country Reporting Some Frequently Asked Questions (FAQs)** [Online], available URL: <https://www.revenue.ie/en/companies-and-charities/documents/country-by-country-reporting.pdf>, 2018 (December, 12).

⁵⁷Ibid.

policies have been implemented since 2015 for representing a positive direction towards competition.

It is not totally surprising that another preferential tax regime, the KDB with an effective tax rate of 6.25%, has been established as an alternative one. It may be seen that the creation of the KDB regime is less beneficial than the phenomenon of Double Irish; nevertheless, it offers a viable alternative for Ireland. The low 6.25% and 12.5% corporate tax rate is one of the policies to convince companies to actually engage in R&D activities in Ireland. If this mission is completed, the growth of R&D capability may result in enormous advantages for Ireland in the long term and may be even greater than the former preferential regime.⁵⁸

Other major tax incentives that Ireland offers under its IP regime are: 25% tax credit on qualifying R&D expenditures, in addition to the normal 12.5% revenue deduction available for the R&D expenditure; capital allowances on capital expenditure incurred on qualifying IP, up to a maximum deduction of 80% of the relevant IP profits; deductions for interest expenses incurred on borrowings to fund the acquisition of IP; and relief for foreign withholding tax suffered on royalty income.⁵⁹ A combination of the IP-tax incentives might be considered as interesting alternatives due to the fact that it provides substantial benefits to IP holding companies which locate, exploit, and develop IP in Ireland.

Unfortunately, Ireland will face an enormous challenge to attract FDI from U.S. companies due to proposed changes in U.S. tax rules. In December 2017, the U.S. Senate gave final approval to the U.S. tax reform. Two days later, President Donald J. Trump brings it into effect by signing the new tax bill. The outstanding

⁵⁸Bernhard Gilbey and others, **The Changing Landscape for IP Regimes Around** [Online], available URL: <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2015/12/the-changing-landscape-for-ip-regimes-around-the-world/21631--ip-regimes-around-the-world-alert.pdf>, 2017 (December, 5).

⁵⁹Petrina Smyth, Jonathan Sheehan and Brendan O'Brien, **Ireland's Intellectual Property Tax Regime** [Online], available URL: https://www.walkersglobal.com/images/Publications/Advisory/2016/01.08.201_Walkers_Ireland_Intellectual_Property_Tax_Regime.pdf, 2018 (January, 15).

change in this bill is the reduction of corporate tax rate from 35% to 21%.⁶⁰ As a result, it seems that U.S. companies have more incentive to invest in their own country.

Although some U.S. companies may be encouraged by the new U.S. tax rate, many academics hold the opinion that this change cannot produce a major effect to Ireland. Peter Vale, tax partner at Grant Thornton, explained that this is because the Irish tax rate of 12.5% is, approximately, half the U.S. tax rate of 21%.⁶¹ Furthermore, Olivia Buckley, communications director at the Irish Tax Institute, stated that international operations remain necessary and essential for large U.S. companies and Ireland is still an attractive place for conducting such operations.⁶²

7. From “Double Irish” to “Single Malt”

The new Irish tax residency rules have been claimed as the abolition of the Double Irish scheme since Irish-registered companies can no longer be tax-resident in the classic tax havens, such as the Cayman Islands, British Virgin Islands and Bermuda. However, it may be doubted that this scheme will continue because the new rules can be excluded by exploiting the loopholes in double tax treaties, which, in some cases, could prevail over Irish’s domestic law.⁶³ This means that the

⁶⁰Andy Khawaja, **How Trump's Tax Plan May Affect Your Business** [Online], available URL: <https://www.forbes.com/sites/forbesfinancecouncil/2017/12/28/how-trumps-tax-plan-may-affect-your-business/#16d6b37188c4>, 2017 (December, 28).

⁶¹Cliff Taylor, **Trump's US Tax Reform a Significant Challenge for Ireland** [Online], available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/trump-s-us-tax-reform-a-significant-challenge-for-ireland-1.3310866>, 2017 (November, 30).

⁶²Ibid.

⁶³Ibid.

rules still let Irish-registered companies to be tax-resident in other jurisdictions that Ireland has a tax treaty with.⁶⁴

One of feasible loopholes is the definition of tax residence included in the double tax treaties, which define Ireland's tax resident by center of management and control. This definition includes double tax treaties between Ireland and other countries, such as Panama, Malta, Hong Kong, the United Arab Emirates, the Netherlands, and Belgium. By placing the center of management and control of a company in one of these nations, the company will not be taxed in Ireland and will become a tax resident elsewhere.⁶⁵

Shortly after the announcement of the Irish Budget locking the door on the Double Irish in 2014, an alternative structure called the "Single Malt" was considered immediately by late 2014. The Single Malt scheme has been referred to as a replacement of the Double Irish or the "son of Double Irish."⁶⁶ This is due to the fact that it should still be possible to achieve the same results as the Double Irish.⁶⁷ This scheme exploits loopholes found in the Malta-Ireland tax treaty, which retains the "place of effective management" residency test. Under the terms of the Malta-Ireland treaty, a company can be Irish-registered and a Maltese tax-resident company. Although MNEs with existing Double Irish scheme may not rearrange until the end of the 2021 deadline, an initial search presents that some major MNEs have

⁶⁴Christian Aid, **'Impossible' Structures: Tax Outcomes Overlooked by the 2015 Tax Spillover Analysis** [Online], available URL: <https://www.christianaid.ie/sites/default/files/2018-02/impossible-structures-tax-report.pdf>, 2017 (November, 20).

⁶⁵Ibid.

⁶⁶Bob Kiggins, **BEPS-Double Irish/ Dutch Sandwich Hybrid Entity Mismatches-Part II of II** [Online], available URL: <https://www.culhanemeadows.com/7098-2/>, 2016 (November, 19).

⁶⁷Cantillon, **Three Years of Silence on 'Single Malt' Tax Loophole Raises Questions** [Online], available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/three-years-of-silence-on-single-malt-tax-loophole-raises-questions-1.3293313?mode=sample&auth-failed=1&pw-orig=https%3A%2F%2F>, 2017 (November, 16).

already set up Irish-registered but Maltese tax-resident companies: including LinkedIn, Microsoft, ZetiQ Aesthetics, Allergan, etc.⁶⁸

8. Conclusion

In the pre-BEPS era, many MNEs had been attracted by the Double Irish and Dutch Sandwich tax regimes and had designed their IP ownership structures in Ireland. In the post-BEPS era, the Double Irish and Dutch Sandwich tax structures may become less feasible because of changes in the Irish tax residency rules. Ireland needs to maintain its status as an attractive place for investment by offering various tax incentives, including R&D tax credit regimes, IP capital allowance, and KDB, which is compliant to BEPS recommendation. Despite the issuance of BEPS Actions and changes to Irish tax policies, MNEs still need to escape the high amount of tax paid by exploiting benefits from tax loopholes, as evidenced from the existence of the alternative structure called Single Malt. Ireland has faced not only the challenge from MNEs but also the new challenge from new U.S. corporate tax rates as a tool for snatching companies' investment. As lessons from Ireland, every government should bear in mind that tax planning structures-in the national and international tax law context-might be incessantly changed; therefore, effective strategies are needed in response to the existing and forthcoming events.

⁶⁸Supra note 64.

Bibliography

- Aid, Christian. **“Impossible” Structures: Tax Outcomes Overlooked by the 2015 Tax Spillover Analysis** [Online]. Available URL: <https://www.christianaid.ie/sites/default/files/2018-02/impossible-structures-tax-report.pdf>, 2017 (November, 20).
- Alms, Marc. Kieran Taylor and Cliona Donnelly. **Has BEPS Signaled the Death Knell for U.S. Pharmaceutical IP Migration to Ireland?** [Online]. Available URL: https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/beps_ireland_article.pdf, 2018 (May, 20).
- Anggraeni, Susana. “Money Moves: Tax Planning in Multinational Companies: A Case of Microsoft.” CEMS Thesis, Norwegian School of Economics, 2015.
- Bryan, Lowder J. **The Double Irish and the Dutch Sandwich: The Explainer’s Field Guide to Exotic Tax Dodges** [Online]. Available URL: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2011/04/the_double_irish_and_the_dutch_sandwich.html, 2017 (April, 14).
- Burkadze, Eter. “Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions.” **International Transfer Pricing Journal** 23 (2016): 367-377.
- Cantillon. **Three Years of Silence on ‘Single Malt’ Tax Loophole Raises Questions** [Online]. Available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/three-years-of-silence-on-single-malt-tax-loophole-raises-questions-1.3293313?mode=sample&auth-failed=1&pw-orig=https%3A%2F%2F>, 2017 (November, 16).
- Coyle, Dominic. **Multinationals Turn From ‘Double Irish’ to ‘Single Melt’ to Avoid Tax in Ireland** [Online]. Available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/multinationals-turn-from-double-irish-to-single-malt-to-avoid-tax-in-ireland-1.3290649?mode=sample&auth-failed=1&pw-orig=https%3A%2F%2F>, 2017 (November, 14).
- Darby III, Joseph B. and Kelsey Lemaster. “Double Irish More than Doubles the Tax Saving: Hybrid Structure Reduces US, Irish and Worldwide Taxation.” **Practical US/International Tax Strategies** 11, 9 (2007).

- Day, Matt. **How Microsoft Moves Profits Offshore to Cut Its Tax Bill** [Online]. Available URL: <https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-microsoft-parks-profits-offshore-to-pare-its-tax-bill/>, 2016 (December, 16).
- Department of Finance (Ireland). **Update on Ireland's International Tax Strategy** [Online]. Available URL: http://www.budget.gov.ie/Budgets/2016/Documents/Update_on_Irelands_International_Tax_Strategy_pub.pdf, 2017 (October, 12).
- European Commission. **State aid-Ireland-State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN)-Alleged aid to Apple-Invitation to submit comments pursuant to Article 108 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union Text** [Online]. Available URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fce0c6ed-55d2-11e4-a0cb-01aa75ed71a1/language-en>, 2016 (October, 17).
- Evers, Lisa Katharina. "Intellectual Property (IP) Box Regimes: Tax Planning, Effective Tax Burdens, and Tax Policy Options." PhD Thesis, Mannheim University, 2014.
- Gilbey, Bernhard and others. **The Changing Landscape for IP Regimes Around** [Online]. Available URL: <https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2015/12/the-changing-landscape-for-ip-regimes-around-the-world/21631--ip-regimes-around-the-world-alert.pdf>, 2017 (December, 5).
- Huang, Zheping and Heather Timmons. **Apple's Tax Rate in China also Appears to be Remarkably Low** [Online]. Available URL: <https://qz.com/771449/it-is-almost-impossible-to-know-how-much-tax-apple-is-paying-in-china/>, 2016 (September, 2).
- Irish Tax and Customs. **Knowledge Development Box (KDB)** [Online]. Available URL: <https://www.revenue.ie/en/companies-and-charities/reliefs-and-exemptions/knowledge-development-box-kdb/index.aspx>, 2018 (December, 12).
- _____. **Country-By-Country Reporting Some Frequently Asked Questions (FAQs)** [Online]. Available URL: <https://www.revenue.ie/en/companies-and-charities/documents/country-by-country-reporting.pdf>, 2017 (December, 15).
- Keena, Colm. **Microsoft Earns \$802m Tax-free in Irish Subsidiary** [Online]. Available URL: <https://www.irishtimes.com/business/microsoft-earns-802m-tax-free-in-irish-subsidiary-1.519644>, 2017 (November, 19).

- Kelly, Louise. **Ireland—An Attractive Location in a Post-BEPS World** [Online]. Available URL: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/ITR-Ireland.pdf>, 2018 (February, 8).
- Khadem, Nassim. **Microsoft Defends Using Hubs in Ireland, Singapore and Puerto Rico to Cut Tax Rate** [Online]. Available URL: <https://www.smh.com.au/business/microsoft-defends-using-hubs-in-ireland-singapore-and-puerto-rico-to-cut-tax-rate-20150211-13boea.html>, 2017 (February, 11).
- Khawaja, Andy. **How Trump's Tax Plan May Affect Your Business** [Online]. Available URL: <https://www.forbes.com/sites/forbesfinancecouncil/2017/12/28/how-trumps-tax-plan-may-affect-your-business/#16d6b37188c4>, 2017 (December, 28).
- Kiggins, Bob. **BEPS -Double Irish/ Dutch Sandwich Hybrid Entity Mismatches – Part II of II** [Online]. Available URL: <https://www.culhanemeadows.com/7098-2/>, 2016 (November, 19).
- King, Kelvin. “The Value of Intellectual Property, Intangible Assets and Goodwill.” **Journal of Intellectual Property Rights** 7 (2002): 245-248.
- KPMG. **OECD BEPS Action Plan-Moving from Talk to Action in the Asia Pacific Region** [Online]. Available URL: <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2016/05/oecd-beps-taking-the-pulse-in-the-asia-pacific-region-2016.html>, 2017 (July,3).
- Lessambo, Felix I. **International Aspects of the US Taxation System**. New York: Palgrave Macmillan, 2016.
- Loomis, Stephen C. “The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens.” **St. Mary’s Law Journal** 43, 4 (2012): 825-853.
- Maine, Jeffrey A. and Xuan-Thao Nguyen. **The Intellectual Property Holding Company Tax Use and Abuse from Victoria's Secret to Apple**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- OECD. **Members and Partners** [Online]. Available URL: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>, 2018 (April, 18).
- _____. **Glossary of Tax Terms** [Online]. Available URL: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>, 2019 (January, 20).

- OECD. **Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5-2015 Final Report** [Online]. Available URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>, 2015 (April, 22).
- _____. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10-2015 Final Reports** [Online]. Available URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>, 2015 (November, 18).
- _____. **Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13-2015 Final Report** [Online]. Available URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>, 2015 (October, 20).
- _____. **Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting: BEPS Action 13** [Online]. Available URL: www.oecd.org/tax/guidance-on-the-implementation-of-country-by-country-reporting-beps-action-13.pdf, 2018 (February, 14).
- PwC. **Worldwide Tax Summaries Corporate Taxes 2017/18** [Online]. Available URL: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/corporate-tax/worldwide-tax-summaries/pwc-worldwide-tax-summaries-corporate-taxes-2017-18.pdf>, 2017 (April, 5).
- Rigby, Bill and Bernad Orr. **Microsoft to Pay China \$140 Million for 'Tax Evasion'** [Online]. Available URL: <https://www.reuters.com/article/us-microsoft-china-tax/microsoft-to-pay-china-140-million-for-tax-evasion-idUSKCN0J92DD20141125>, 2016 (November, 26).
- Ryall, Jenni. **Apple, Google and Microsoft Grilled Over Australian Tax Avoidance** [Online]. Available URL: <https://mashable.com/2015/04/08/apple-google-microsoft-tax/#5aDM7JJJoUaqH>, 2017 (April, 8).
- Shih, Toh Han. **Beijing to Step Up Tax Evasion Campaign after US Multinational Firm Caught** [Online]. Available URL: <http://www.scmp.com/business/china-business/article/1647942/beijing-step-tax-evasion-campaign-after-us-multinational>, 2017 (November, 25).
- Smyth, Petrina, Jonathan Sheehan and Brendan O'Brien. **Ireland's Intellectual Property Tax Regime** [Online]. Available URL: https://www.walkersglobal.com/images/Publications/Advisory/2016/01.08.201_Walkers_Ireland_Intellectual_Property_Tax_Regime.pdf, 2018 (January, 15).

- Taylor, Cliff. **Trump's US Tax Reform a Significant Challenge for Ireland** [Online]. Available URL: <https://www.irishtimes.com/business/economy/trump-s-us-tax-reform-a-significant-challenge-for-ireland-1.3310866>, 2017 (November, 30).
- Thorne, Danielle. "The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Anti-avoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of these Structures?." LL.M. Thesis, Victoria University of Wellington, 2013.
- Ting, Antony. "iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue." **British Tax Review**, 1 (2014).
- Toynbee, Polly. **No End to Tax Piracy, No Money** [Online]. Available URL: <http://gulfnnews.com/mobile/business/opinion/no-end-to-tax-piracy-no-money-1.719309>, 2017 (November, 28).
- U.S. Government. **Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part 2 (Apple Inc.)** [Online]. Available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113shrg81657/pdf/CHRG-113shrg81657.pdf>, 2017 (May, 21).
- _____. **Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part1 (Microsoft and Hewlett-Packard)** [Online]. Available URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-112shrg76071/pdf/CHRG-112shrg76071.pdf>, 2017 (May, 1).
- U.S. Internal Revenue Service. **Concepts of Foreign Personal Holding Company Income** [Online]. Available URL: https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/DPLCU_P_2_3_13.pdf, 2018 (February, 29).
- U.S. Joint Committee on Taxation. **Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing** [Online]. Available URL: https://www.jct.gov/publications.html?func=download&id=3692&chk=3692&no_html=1, 2017 (July, 22).
- Yoder, Lowell D., David G. Noren and Elizabeth Chao. **Expansion of Subpart F under the Tax Reform Act** [Online]. Available URL: <https://www.mwe.com/en/thought-leadership/publications/2018/02/expansion-of-subpart-f-under-the-tax-reform-act>, 2018 (March, 20).
- Treaty on the Functioning of the European Union.
- United States Code.

Bitcoin Transactions: The New Frontier of Income Tax Evasion in Thailand

Dr.Tan Weng Chiang David

Bitcoin Transactions: The New Frontier of Income Tax Evasion in Thailand

Dr.Tan Weng Chiang David^{*}

Abstract

Bitcoin is this intangible cyberspace currency or money use in the purchasing and selling of goods and services. Thus far, governments and monetary regulators of many countries have defined Bitcoin as either a kind of currency or money or an asset. However, given that Bitcoin transactions take place solely in cyberspace with: each seller and purchaser identify by a string of numbers; and a blockchain or a cyberspace ledger keeping track of transactions, it is difficult for the tax authority to account for the identity of the income receiver and the amount of income derived from the transaction.

Tax authorities of different countries have attempted, in numerous ways, to grapple with the kind of income from Bitcoin transactions. However, these attempts may not help to properly tax the amount of income generated by each Bitcoin transaction in cyberspace.

This paper aims to: (1) Highlight the impacts of Bitcoin technology on a person's desire to generate more income, make more profit and accordingly renders the responsibility to pay income tax; (2) Survey the meanings of Bitcoin as defined by the tax authorities of various countries and their attempts to tax income derived from Bitcoin transactions; and (3) Examine the adequacy of specific Thai income tax law in taxing income derived from transactions using Bitcoins, this includes considering the income tax provisions in a Royal Decree or Por Ror Gor Amending the Revenue Code (No.19) 2018.

Keywords: bitcoin, cryptocurrency, digital asset

^{*} Lecturer of Business Law at Burapha University International College, Chonburi, Thailand and Practicing Legal Consultant; LL.B. (Honors) at University of Buckingham, UK, M.B.A. Central Queensland University, Australia., Ph.D. in Philosophy Assumption University. E-mail: blas.inter@gmail.com.

Received 17 May 2018, Revised 14 August 2018, Accepted 22 August 2018.

1. Introduction

Electronic commerce using cryptocurrency is the new frontier of income tax evasion. Cryptocurrency is define by Section 3 of the Royal Decree on Digital Asset Business B.E. 2561 (2018) (“DAB”) as “An electronic data unit created by an electronic system or network with the objective of using as a medium of exchange for the acquisition of goods, services or other rights...” With the explosion of the news on panama and paradise papers to the world, income tax evading has now shifted to take place in cyberspace at an alarming rate, rather than hiding income in shell companies located in tax haven countries.

In recent years, the most transacted cryptocurrency is Bitcoin. In comparison with other cryptocurrencies, Bitcoin has an average daily 261,710 transactions in the last quarter of 2016 and for the period between January to February 2017 an average daily 286,419 transactions, Ethereum, the second most transacted cryptocurrency, has 42,908 average daily number of transactions in the last quarter of 2016 and for the period between January to February 2017 47,792 average daily number of transactions.¹ and ² This making Bitcoin the most popular cryptocurrency in electronic commerce. Given this popularity, this paper will focus on Bitcoin instead of cryptocurrency in general when discussing in a global context. On discussing and analyzing specifically in a Thailand context, since the author cannot gather any academic research data on Bitcoin’s popularity in Thailand for 2016 and 2017, the word ‘cryptocurrency’ is used instead. As we shall see, given that Bitcoin transactions with its blockchain technology taking place in an intangible cyberspace i.e. “A descriptive term for the cryptocurrency geography of the online

¹Garrick Hileman and Michel Rauchs, **Global Cryptocurrency Benchmarking Study** (Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, Judge Business School, University of Cambridge, 2017), p. 20.

²Bitcoin has also dominated the increase in the total cryptocurrency market capitalization for the period from February 2016 to March 2017 - rising from around 7 Billion U.S. Dollars to almost 25 Billion U.S. Dollars. Ibid., p.16.

world.”³, its anonymity on sellers and buyers, fast transaction speed, easy set-up and tax-free features is causing sale and purchase of goods and services using cryptocurrency to grow at an exponential rate.

While various governments of the world and their monetary authorities try to grapple with defining what is a cryptocurrency and Bitcoin, its economic and tax implications, millions of Bitcoin transactions are taking place in cyberspace minute-by-minute free of income tax being levied and undetected. A Bitcoin transaction in this paper means any kind of selling and buying involving Bitcoin (“Bitcoin Transaction”). It should be noted here that this paper does not deal with cryptocurrency issued on a centralized basis or from a network that branches out from a central point i.e. currency issued by an identifiable central administrator, organization, governmental entity etc. This paper deals only with decentralized Bitcoin cryptocurrency i.e. a cryptocurrency that can be bought directly from any anonymous seller in cyberspace. This reason for this focus is that a cryptocurrency bought from decentralized networks in cyberspace can be obtained promptly – without having to go through a medium thereby allowing the subsequent Bitcoin Transaction to take place earlier. This kind of Transaction can take place at any minute, at any location in the world, including its underlying income tax evasion. This nature provides the potential for such Transactions to be popular and commonplace.

On May 13, 2018 a Royal Decree or Por Ror Gor Amending the Revenue Code (No.19) 2018 (“Royal Decree”) comes into effect. This Decree provides for the kind of income tax and the tax rate to be levied on a transaction involving Bitcoin. This paper will consider the Royal Decree and discuss the enduring challenges post by Bitcoins, despite this new law.

Given that paying income tax is not only a legal obligation but a responsibility of ALL income earners to contribute to the public purse and thus relieving somewhat the burden of all taxpayers and provide for building public

³Peter J. Dyson, *The PC User’s Essential Accessible Pocket Dictionary*, 2nd ed. (San Francisco: Sybex, 1995), p. 135.

infrastructures and facilities, funding for the poor, health care and the aging population, any shortfall in income tax measures should be addressed or risk tax evasion.

2. History of Bitcoin and its Social Impact

Bitcoin is a cryptocurrency in cyberspace created by a programmer or a group of programmers using the pseudonym Satoshi Nakamoto, he or they own the source code of the Bitcoin software. Bitcoin currency does not have to rely on the support and approval of transactions by a financial institution or any third party: “...allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party”⁴. Also, cryptography is used to encode each Bitcoin transaction, and this allegedly protects users from fraudulent practices⁵. Cryptography is defined as, “...the computerized encoding and decoding of information.”⁶ These are the strengths of Bitcoin Transactions. On the other hand, such encoded Transactions with Bitcoins are used for payments of illegal goods and services, laundering of monies made from such payments and evasion of income tax payments.

Users of the Bitcoin network are first required to download a necessary software that creates a digital wallet. This wallet provides the user with a unique user’s address and two keys i.e. one ‘public’ and one ‘private’ key. The public key is an address for other users wishing to transfer Bitcoins to the user. The private key is used by the user to authorize access to the Bitcoins in the wallet. All Transactions with other users are recorded and broadcasted on a public ledger known as a

⁴Satoshi Nakamoto, **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System** [Online], available URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf/>, 2018 (May, 17).

⁵Patrick McLeod, “Taxing and Regulating Bitcoin: The Government’s Game of Catch Up,” **CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy** 22, 2 (2014): 381.

⁶Merriam-Webster. **Cryptography** [Online], available URL: <https://www.merriamwebster.com/dictionary/cryptography/>, 2018 (May, 1).

Blockchain (“Blockchain”)⁷. This Blockchain is interconnected with other Blockchains in cyberspace so that selling and buying do not have to just transact within one Blockchain, but interconnected with sellers and buyers in other Blockchains as well – a decentralization of networks. The very first Blockchain is presumably started by Satoshi Nakamoto. Both the public and private keys are represented by a string of numbers on a Blockchain, this is the encoding in Bitcoin Transactions that provide the anonymity shield against law enforcement authorities for money made from illegal activities and the Revenue Department of Thailand (“RD”) for income tax evasion.

Income tax evasion here and in this paper refers to a person knowing that he, she or it has to pay income tax but deliberately avoid paying tax knowing that this avoidance is unlikely to be detected and punished⁸.

Similar to the Internet, the Blockchain in cyberspace branches out to various sellers and purchasers – as with the Internet, a massive global network linking up users interconnecting users. They do not arise from one single thought or action of a person that develops but just a network of interconnectedness. The French philosopher Gilles Deleuze and psychiatrist Felix Guattari refers to this as a rhizome, a branching out from a center, ever expansion of connectedness with no single initiation or thought that develops or advances. In their essay “A Thousand Plateaus” they state that a rhizome begins “...from a ramified surface extension in all directions...”⁹. They described the rhizome as having a few distinct characteristics or principles, which by analogy apply to our culture and a person’s intellectual development today. The first is the principle of connections: “...any point of a rhizome can be connected to any other, and must be. This is very different from the tree or root which plots a point, fixes an order.” and makes connections upwards

⁷Patrick McLeod, op. cit., p. 382.

⁸Aleksandra Bal, “Chapter 14: How to Tax Bitcoin?,” in **Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data**, ed. David Lee Kuo Chuen (San Diego, CA: Academic Press, 2015), p. 272.

⁹Brian Massumi, trans., **A Thousand Plateaus**, by Gilles Deleuze and Felix Guattari (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987), p. 7.

from the root¹⁰. Another rhizome characteristic is described by Deleuze and Guattari as multiplicity: “Multiplicity” that it ceases to have any relations to the One...”¹¹ In other words, the nature of the rhizome does not change; it just multiplies and multiplies with interconnections branching out in every possible direction without any hierarchy. Though its nature does not change, multiplicity ceases to have a relation to a pivotal rhizome, it is a process that does not have a beginning or end. A Blockchain which facilitates and records transactions of sellers and buyers has the same rhizomatic characteristics of connections and multiplicity. The Blockchain connects a seller and buyer to enable a sale contract to take place and it connects out to multiple Blockchain interconnections, it is not from a pivot point that branches upwards but extends out to connect with multiple others of the same nature i.e. Blockchains at the same level. This kind of connectivity therefore has no beginning or end, it just keeps connecting.

As argued by Deleuze and Guattari in their essay, this interconnection is a never ending extending out, interconnecting with other rhizomes or Blockchain on one flat level. Though Blockchain connections appear to be growing, its nature remains unchanged, there is no chronological or hierarchical growth upwards from one point. There is only propagating and multiplying on a flat level - a plateau. An ever expanding plateau of selling and buying driven by the desire to make more profit rather than gaining intellectual growth.

Furthermore, Bitcoin technology reduces space and accordingly time for a seller and buyer to transact, this reduces the possibility of well thought out decision making, examination of goods and services. The world in which business is conducted becomes a lot smaller with poorer decision making ability in buying and selling.

Bitcoin technology is not free as it appears, we need to pay for the Internet services to get connected to the technology, as more transactions and regulating

¹⁰Brian Massumi, trans., *Ibid.*, p. 9.

¹¹*Ibid.*, p. 7.

takes place, we have to buy more expensive hardware and software to keep it operating, also invests in the training of updating and enhancing the necessary skills required for using the technology. These means making more money to pay for these.

Companies and employees who do not invest and update their knowledge and skills with the development of the Bitcoin technology will lose out in business competition or lose their jobs. Perhaps invest is not the fully appropriate word to use here because, with the continual advancement of the technology, the only return to be obtained from buying into training or education for knowledge and skills is by generating more income from sales of goods and services. The Bitcoin related software and hardware (if any) is difficult to be sold off because people want to buy the most up to date technologies. Accordingly, Bitcoin technology of the past will be worth lesser.

Desire to make more and more profit is carry out by interconnectedness and speed in Bitcoin Transactions. Bitcoin technology therefore enables the driving of exponential growth in sale and purchase transactions on a daily basis, this leading to lesser human interactions replacing by more greed to receive more income, completely undisclosed to the tax authorities. Countries may increasingly suffer from losses in income tax that should have been levied and collected.

Given these negative intellectual, technological and taxation impacts of Bitcoin technology, they justify tax to be levied on income derived from Bitcoin transactions.

3. Pro-activeness of Foreign Governments

Part of the sovereignty of a country is to have laws that provide for the needs of its people. After all, the people elected the government of the state and the state is entrusted to represent its people. The current tax laws of many countries do not seem to have laws that ensure proper taxation on income from Bitcoin Transactions. As a result, tax free income may be made on a greater and greater scale as sellers and service providers opt for Bitcoins transactions, rather

than currency or money transactions. The public purse therefore becomes substantially poorer, accordingly affecting funding for infrastructure building, health care, the aging population, the poor etc.

Governments of various countries have started to grapple with cryptocurrency and Bitcoins by first deciding on what is Bitcoin? If it is deemed an intangible asset then capital gains tax should be levied when trading in for real currency or if it is considered a currency or money, then income tax should be levied on the proceeds from all sales and purchases of goods or services using Bitcoins. I will now survey the considerations of various countries here:

The 2013 Annual Report to Congress, the United States Taxpayer Advocate considered the need to issue guidance addressing tax treatment of digital or cryptocurrency, as this is a serious problem facing the Inland Revenue Service ('IRS'). The National Taxpayer Advocate recommended for the IRS to answer the following: When receiving or using digital currency generate gains or incur losses, will the gains be taxed as income or as capital gains, and what information reporting, withholding and record keeping requirements apply to cryptocurrency transactions?¹²

In March 2013, a department of the US Treasury, the Financial Crimes Enforcement Network ('FinCen') clarifies that persons creating, obtaining, distributing, exchanging, accepting or transmitting cryptocurrencies must be registered as money transmitters with the FinCen under the rules on money-services business¹³. On March 25, 2014, the IRS issued a notice stating that cryptocurrency or digital currency is treated as property and not as a currency for US federal tax purposes. Therefore the general tax principles that apply to property transactions also apply to transactions using digital or cryptocurrency. It is further clarified that a tax payer who receives a cryptocurrency as payment for

¹² Aleksandra Bal, op. cit., p. 280.

¹³ Ibid.

goods or services must accordingly include the fair market value of the cryptocurrency in computing gross income.

On December 3, 2013, the central bank of China and other government ministries and commissions jointly issue the Notice on Precautions against the Risks of Bitcoins. Defining it as a special kind of cryptocurrency commodity and it is not a currency. Therefore, it should not be circulated and used in the market as a currency or money. Bank and other payment institutions in China are therefore prohibited from buying and selling with Bitcoins and cannot price goods and services in Bitcoin currency¹⁴.

In the U.K., the Revenue and Customs Department, issued a Revenue and Customs Brief 09/14 of March 3, 2014 stating that income received from activities involving Bitcoins and other similar cryptocurrencies is subjected to the general rules on income tax and capital gains tax¹⁵.

In April 2013, the Canada Revenue Agency (“CRA”) announced that Bitcoin users have to pay tax on transactions. The rules on barter transactions apply to the transactions involving Bitcoin i.e. Bitcoin(s) in exchange for goods and services, while the legal provisions on trade in securities applies to Bitcoins bought and sold for speculative purposes¹⁶.

The Inland Revenue Authority of Singapore (IRAS) explained that if digital currencies are used to pay for goods or services, the transaction, as far as income tax is concerned, will also be regarded as a barter trade¹⁷.

The Finnish Tax Authority (*Vero Skatt*) clarifies its treatment of Bitcoin for income tax purposes in a notice issued on August 28, 2013. This notice provided several examples on how to calculate taxable income from Bitcoin transactions. For profits derived from sales of Bitcoins for real currency will be taxed as

¹⁴ Aleksandra Bal, Ibid., p. 278.

¹⁵ Ibid., p. 279.

¹⁶ Ibid., p. 278.

¹⁷ Ibid., pp. 279-280.

capital gains. However, the *Vero Skatt* regards Bitcoin neither as a currency nor as a security¹⁸.

On March 25, 2014, the Danish tax authorities (SKAT) explained that Bitcoin cannot be regarded as a currency or a legal tender since it is not subjected to regulating by a central bank and cannot be withdrawn from circulation. Taxpayers who uses Bitcoins in buy and sell of goods and services in its ordinary course of business are subjected to the general rules on income tax i.e. profits are taxable and expenses are deductible. But changes in the value of Bitcoins and its exchange rate fluctuations should not be subjected to tax on its capital gain.¹⁹ It remains to be seen how the profits from using Bitcoins in the selling and buying of goods and services will be taxed. Given that the selling and buying with Bitcoins takes place in cyberspace, how can such transactions be accounted for to SKAT and henceforth how will the profits thereof be taxed?

Judging from the efforts that the governments in various countries have come up with, it seems that they are still playing catch-up on taxing income from Bitcoin transactions. Defining and categorizing Bitcoin as a currency or an intangible asset or income may have not taken into consideration the singular and decentralized cyberspace medium of Bitcoin transactions and the anonymity provided to sellers and buyers. An intangible asset can be easily moved in a singular and decentralized cyberspace to another location and the Blockchain technology that facilitates a Bitcoin transaction maintains anonymous the identities of the seller and buyer thereby renders the income unaccounted for. These may result in a fair amount of income tax evasion. Before discussing these in detail, it is necessary to first explore where income tax should be levied on transactions using Bitcoins.

¹⁸ Aleksandra Bal, *Ibid.*, p. 278.

¹⁹ *Ibid.*, p. 279.

4. Income Tax Levy on Transactions Using Bitcoins

Income deriving from transactions using Bitcoins can come from two kinds of transactions: (1) Income from sale of goods and services in cyberspace, whether recorded in a Blockchain or not; and (2) Income deriving from Bitcoins exchange into real Baht currency or trading in of Bitcoins to get real Baht currency in return.

In the first kind, Bitcoin is used as a form of currency in cyberspace for the sale and purchase of a good or service, for example, the purchasing of a handbag from a seller or paying for consultation fee to a doctor. Given that the Blockchain maintains the accounting on these transactions, the profit realized from the sale transaction is also recorded there. In the second kind, when the Bitcoins are traded in for real Baht currency, there is income derived as a form of capital gain, if there is an increase in the value of the Bitcoins in comparison to Baht currency. For example, Mr. A used 100 Baht to buy 10 Bitcoins on February 1. On April 1 Mr. A traded in his 10 Bitcoins and received 150 Baht. Mr. A has realized a capital gain of 50 Baht. This is the income in the second kind, income from selling Bitcoin as an asset. Tax should be levied on income derived from both cases i.e. income derived from using Bitcoin as a currency for a sale and purchase transaction and income derived from selling off Bitcoin as an asset or a capital gain.

Referring also to the attempts by the various governments in the preceding section in defining Bitcoin and cryptocurrencies as an intangible asset or currency or both, we need to clarify here that defining Bitcoin as a currency or money is applicable to the first kind of transaction and defining Bitcoin as an asset or commodity is applicable to the second kind of transaction. Though the author is doubtful as to how Bitcoin can be considered a currency when it is not regulated by a central bank and is therefore not a legal tender. The quantity of Bitcoins in the market is not released or withdrawn by a central bank. This view is also echoed by the Danish tax authority (SKAT).

The Thai personal and corporate income tax laws do provide for tax to be levied on income from both sale of goods or services contract and capital gains.

However, there is no specific personal and corporate income tax law on sale of goods and services using Bitcoins or cryptocurrency.

Having said that, income derived from any kind of Bitcoins or cryptocurrency transaction by an individual person (not juristic person) can be considered as an assessable income for withholding personal income tax. Referring to Section 39 of the Thai Revenue Code (“TRC”), income that is subjected to tax or assessable income for tax means: “Such income also includes a property or any other benefit received which may be computed into a monetary value...” and Section 40 (8) of the TRC provides for assessable income for withholding personal income tax: “Assessable income is income of the following categories...Income from business, commerce, agriculture, industry, transport or any other activity ...The amount of tax under paragraph one, which is paid for by the payer of income or by any other person on behalf of taxpayer...” This is income tax at the source of the income or the payer of income has the duty to withhold tax and make payment of tax for the receiver of income. Income received from Bitcoin transactions can be an assessable income because it is income from “...any other benefit received...” or “...any other activity...”. Therefore, under the current tax laws, personal income derived from the sale of goods and services using Bitcoins or cryptocurrency can be subjected to personal withholding tax under the provisions of Sections 39 and 40(8) of the TRC.

On evading payment of personal income tax, Section 27 of the TRC provides that; “A person failing to pay or remit tax...shall pay surcharge of 1.5 percent per month or a part of a month of the amount of tax payable...” The criminal penalty comes in Section 37 Bis for “A person intentionally failing to file tax returns ...in order to evade or in an attempt to evade tax, shall be subjected to a fine of not exceeding five thousand Baht or an imprisonment for a term not exceeding six months or both” Though this is prescribed with imprisonment penalty, in terms of obtaining evidence to prove the crime, enforcement of Section 37 Bis is quite another matter. Any payer of income under Section 40 (8) has to complete a withholding tax return form – a Por Ngor Dor form. This form is filed at the RD and the tax withheld is paid there, the tax return form confirms and evidenced that tax

has been withheld by the payer of income and the seller has received income. Enforcement of the law is futile if the individual payer of income does not file a Por Ngor Dor tax return form. Without receipt of this tax return form, the RD would not know and has no evidence that a sale transaction had taken place.

5. Royal Decree on Digital Asset

Taking into consideration the: Threat to public safety posed by cryptocurrency being used as the currency for money gain from criminal activities and for money laundering channels – with the help of Blockchain technology; Its impact on the Thai economy from unaccounted for cryptocurrency transactions in cyberspace; and The public confusion on whether a cryptocurrency is a legally valid currency or asset or both, the Thai government invokes Section 172 of the Thai Constitution 2017²⁰ to passed two Royal Decrees i.e. the DBA and the Royal Decree. These Decrees have the same legal effect as binding laws. According to the Royal Decree or Por Ror Gor that came into effect on May 13, 2018, a 15% personal withholding tax is levied on the gains derived from trading in or exchanging cryptocurrency for real currency i.e. Baht currency. The tax withheld by the payer of income is for the capital gain from investing in the cryptocurrency and selling away the cryptocurrency for real currency. Accordingly, the Decree goes on to provide for inclusion to be made to the relevant sub-section of Section 40 of the TRC on withholding tax on capital gain.

However, the Decree has no provision on withholding tax being withheld by a payer of income for sale of goods and services using cryptocurrency as the currency. This implies that the current laws on withholding tax for sale of goods and

²⁰“For the purpose of maintaining national or public safety or national economic security, or averting public calamity, the King may issue an Emergency Decree which shall have force as an Act.

The issuance of an Emergency Decree under paragraph one shall be made only when the Council of Ministers is of the opinion that it is an emergency of necessity and urgency which is unavoidable. In the subsequent sitting of the National Assembly, the Council of Ministers shall submit the Emergency Decree to the National Assembly for its consideration without delay...”

services in general apply i.e. Sections 39, 40(8), 27 and 37 Bis of the TRC discussed in preceding section.

On March 28, 2018 the Minister of Finance of Thailand, Mr. Apisak Tantivorawong confirmed that the Royal Decree will also provide for a 7% value added tax (“VAT”) payable by investors who buys and sells cryptocurrencies. This 7% VAT is exempted if the trading of cryptocurrency is carried out through exchanges. However, investors are required to pay the 7% VAT if no capital gains are realized.²¹ In the Decree that came into effect on May 13 there is no provision on VAT payable by investors who buy and sell cryptocurrencies. We can only presume here that the current laws on VAT apply.

VAT is the tax levied on the value added to all goods i.e. tangible and intangible properties and services a person or juristic entity purchased per month. As provided in Sections 85 and 85/1 of the TRC: any seller of goods before commencing business or within 30 days after income exceeds 1,800,000 Baht must register himself, herself or itself as a VAT registrant. Such seller of goods, which includes intangible property, is a person or a juristic person selling goods or providing services in the course of his, hers or its business. According to Section 78 of the TRC a 7% VAT is payable by the buyer of goods or services or input VAT. This VAT received by the seller is the output VAT of the seller. Section 82/3 of the TRC provides that if the output VAT exceeds the input VAT i.e. VAT paid by the seller when he, she or it purchases goods or services from others per month, the seller shall pay the excess collected output VAT to the RD. However, if the seller’s output VAT is less than his, hers or its input VAT, then the difference is the seller’s tax credit and is refundable by the RD. VAT is therefore a tax on the excess value added to the goods or services we sell to others. Therefore, it can be concluded that applying the existing laws on VAT, VAT is applicable to both sale of goods and

²¹Bangkok Post, **Draft Decree on Digital Assets Approved** [Online], available URL: <https://www.bangkokpost.com/business/finance/1436159/draft-decree-on-digital-assets-approved/>, 2018 (April, 17).

services using cryptocurrency as a currency and the sale of cryptocurrency as an intangible property.

6. Anonymity Provided by Blockchain Technology and Singularity of the Cyberspace

The current Thai corporate and personal income tax laws, including the Royal Decree, do not provide any indication on tackling the two following ways of income tax evasion. The author believes these two ways are difficult to tackle because they are made possible by the inherent strengths that Blockchain technology provides and facilitates.

In the event of a sale and purchase of goods or services transaction between two individual persons, the identity of the seller and buyer is unknown to the RD when the buyer and payer of the income does not withhold tax and file the Por Ngor Dor withholding tax return form to the RD. When the same transaction takes place in the medium of cyberspace using cryptocurrencies, it gets even more hidden from the RD. Each seller and buyer registered to a Blockchain is known and identifiable to all only by a string of numbers, an encoding. Every sale and purchase transaction made is recorded on the Blockchain and with a string of numbers representing a seller and a buyer respectively. The numbers are encoded for the sellers' and buyers' records only. Due to this kind of anonymity and record keeping provided by Blockchain technology in cyberspace, individual buyers and sellers in cyberspace do not have to keep accounts on each individual sale and purchase transaction taken place through the Blockchain, much less withhold tax for the RD. As a result, income derived from such sale and purchase of goods and services, including any expenses incurred thereof, remain undisclosed to the RD. Cryptocurrency technology had provided an anonymity shield to what may be already a widespread practice i.e. individual sellers avoiding paying income tax.

However, if the purchaser is a juristic person, for example a company, and it purchases from a seller, the purchaser will have to submit a tax return form or Por Ngor Dor form to the RD on withholding income tax. This tax return form evidenced to the RD that a sale and purchase transaction has taken place. Furthermore, Section

68 of the TRC requires all juristic persons to file an annual income tax return form – Por Ngor Dor 50 form within one hundred and fifty days from the closing day of the accounting period. Section 69 provides for this form to show items necessary for tax calculation in the accounting period i.e. income, expenses, net profit and other information together with a balance sheet, an operating account, a profit and loss account etc. The payment made by a company for the purchase of a good or service or a cryptocurrency shall be recorded as expense in the operating account and profit and loss account. As a result, the RD will know about the transaction from the tax return form and the financial statements submitted by the purchasing company. This is not the case with individual sellers and buyers, individual sellers and buyers can choose not to issue any tax return form on withholding personal income tax and further hide their identities behind the anonymity shield provided by Blockchain technology. Given this, a sale and purchase of good or service transaction between an individual seller and buyer may proceed completely unknown to the RD thereby evading the need to account for income received and payment of personal income tax.

Secondly, investors of cryptocurrencies i.e. individual persons and juristic entities who anticipates capital gain from their cryptocurrencies investments may not want to buy and trade in their cryptocurrencies for real currency in Thailand because of the 15% withholding tax²² or any withholding tax rate that they deemed too high. Given the borderless and country-less features of Blockchain technology in a singular cyberspace, investors will not purchase and sell their cryptocurrencies for real Baht currency in Thailand. Investors will buy and sell their cryptocurrencies at a jurisdiction where there is lesser or no capital gains tax payable. This shying away of investors may substantially reduce the sale of Bitcoins and other kinds of cryptocurrencies in Thailand, thereby, affecting the Thai economy and loss of

²²Mr. Korn Chatikavanij, a former Finance minister of Thailand from 2009 to 2011, has said that the withholding tax on investing in digital assets will lead to new businesses moving their start-ups to other countries. Initial Coin Offering (ICO) by companies can be moved to Singapore to raise funds there as there is no capital gains tax there. From Bangkok Post, Ibid.

potentially collectable income tax and VAT. This in turn results in a smaller public purse and henceforth creates a heavier tax burden on people.

Newly enacted law(s) on taxing transactions using cryptocurrencies must address income tax evasion at the very point it happens, not just a law providing for taxing transactions. Unfortunately, for now, it seems that the technology of the Blockchain and a singular cyberspace are preventing the law from doing just that.

7. Tracking Cryptocurrency Transactions

If technology can also develop as far as tracking cryptocurrency transactions, it will accordingly allow the RD to track and tax these transactions. The current computing technology in normal computers does not have the ability to monitor or track transactions using cryptocurrencies via a Blockchain. However, advancements are being made towards building a quantum computer or super computer which, in addition to other abilities, may have the ability to track online systems and their stored information. When such a quantum computer does gets developed and build, it probably will have the ability to monitor and track transactions that go through the Blockchain. Given this, it will be a valuable technology for the RD to invest in and use in due course.

The normal computer that we have today stores or encodes a quantity of data in binary bits of '1' or '0'. In terms of a sphere, these represent only two poles of the sphere. However, a quantum computer has the ability to store data that represents all points of the sphere or the data is stored in quantum bits or qubits²³. This simply means that data can be stored and exist in more than one state at a time, or the qubits can exist at any point of the sphere. Therefore, a computer using these qubits can store and process a much larger amount of data and using less energy than a normal computer.

²³The word quantum comes from quantum physics in its study of the ability of subatomic particles to exist in more than one state at any time.

Also, quantum computer has the ability of finding very large prime numbers. “Since prime numbers are so important in cryptography, it’s likely that quantum computers would quickly be able to crack many of the systems that keep our online information secure”²⁴. This can include cryptocurrency related systems and Blockchains which maintain the anonymity of sellers’ and buyers’ identities and their transactions.

Given the super power of a quantum computer, it may have the technological ability to detect the identities of the seller and buyer in a Blockchain and the transaction(s) they engaged in. Also, possibly gain access into investors’ records who have exchanged their cash for cryptocurrencies and vice versa at an exchange outside Thailand. The current software technology is not adequate to track cryptocurrency transaction, neither does it have the capacity to track the infinite and interconnected cryptocurrencies transactions held together by Blockchain technology. Therefore, unless and until a quantum computer (or other technology with a similar ability) gets fully developed and build, there is no possibility to track cryptocurrencies transactions taking place in cyberspace and levying income tax on these transactions.

8. Conclusion

Governments should not yield to increasingly sophisticated cryptocurrency technology and the anonymity of sellers and buyers it provides. But clarifying whether cryptocurrencies are intangible assets or currency so as to be able to levy withholding tax on capital gain and VAT may be falling short of addressing income tax evasion. These tax measures may chase away cryptocurrencies transactions from Thailand and resulting in more income tax evasion, and lesser tax collected by the

²⁴ Abigail Beall and Matt Reynolds, **What are Quantum Computers and How do They Work, Wired Explains** [Online], available URL: <http://www.wired.co.uk/article/quantum-computing-explained/>, 2018, (February, 16).

state²⁵. With the anonymity that Blockchain technology provides and the vast, singular and decentralized cyberspace, investors of cryptocurrencies will move to purchase and sell their cryptocurrencies at an exchange outside Thailand that has no or very little capital gains tax, while sellers and buyers will continue to hide behind the Blockchain anonymity shield when selling and purchasing goods and services. The Royal Decree is instead compelling sellers, buyers and investors to use Blockchain technology for income tax evasion outside Thailand.

Perhaps, instead of focusing on taxing income derived from a cryptocurrency transaction, it may be more effective to openly embrace cryptocurrencies transactions by allowing these transactions to take place in a single government operated cryptocurrency exchange and a single government operated market for business transactions using cryptocurrencies i.e. sale and purchase of goods and services using cryptocurrencies. These two government regulated exchange and market would invest in the Blockchain technology on a scale that facilitates the sales and purchases of goods and services and the exchange of real currency to cryptocurrencies or vice versa or the exchange of one cryptocurrency for another. Financial intermediaries, who are experienced with these kinds of transactions, can register themselves at these exchange and market as licensed intermediaries. Lower income tax rates are levied on the cryptocurrencies transactions conducted in both the exchange and the market.

The two governmental regulated and operated cryptocurrency exchange and market can better address the threats to public safety posed by cryptocurrency being used as the currency for money gain from criminal activities and for money laundering channels and the impacts to the Thai economy from unaccounted for cryptocurrencies transactions i.e. the aims of the two Royal Decrees. As all sellers and buyers, including their intermediaries, are registered and approved by the exchange or the market or both and having to account to the exchange and market

²⁵ Martin Young, **Dark Days Loom for Thailand's ICO Industry, but Individual Crypto Tax Waived** [Online], available URL: <https://www.newsbtc.com/2018/05/15/op-ed-dark-days-loom-for-thailands-crypto-industry/>, 2018, (May, 18).

for all their sale and purchase transactions, money or cryptocurrency gain from criminal activities or is in the process of being laundered may have a greater possibility of being detected or prevented. Secondly, the single government regulated and operated exchange and market can facilitate better liquidity for cryptocurrencies as all transactions are conducted in one place rather than in scattered exchanges and markets. Also, this provides a clearer picture on the supply and demand for cryptocurrencies and goods and services transacted with cryptocurrencies as this is reflected in their prices and quantity traded in the exchange and the market. Lastly, with more specific importance for this paper, having cryptocurrencies transactions carrying out under an exchange and a market oversee, regulated and operated by the government, rather than in scattered and decentralized exchanges and markets, this justifies lowering the Thai income tax rates, provides better accountability on tax payment as the tax is paid to the RD at the exchange and market thereby reduces Thai income tax evasions.

The solution to income tax evasion lies not in solely tightening up tax laws, but also in facilitating and creating supply, demand, prices and quantity of goods, services and cryptocurrencies and liquidity for cryptocurrencies. Also, more attractively, reduced income tax rates. The DAB goes as far as to provide for the meaning of an exchange for sale and purchase of digital asset, this including cryptocurrency. Section 3 of the DAB provides: “A Digital Asset Exchange means a center or a network established for the purpose of purchasing, selling or exchanging digital assets, operates by matching or arranging the counterparty or providing the system or facilitating a person who is willing to purchase, sell or exchange of digital assets to able to enter into an agreement or match the order, the normal course of business,...” It further provides in Section 26 that an operator of a digital asset business, this including a Digital Asset Exchange, must have received approval to operate from the Minister of Finance with recommendation from the Securities Exchange Commission (“SEC”) and Section 27 states that the approved operator of the Exchange shall comply with the rules, conditions and procedures as specified in the notification of the SEC. Such approval granted to an operator of Digital Asset Exchange is granted to anyone who satisfies the requirements of the Minister of

Finance and SEC. This may give rise to a situation where approved operators of Exchanges being scattered or decentralized, rendering opportunities for cryptocurrencies associated with criminal activities, money laundering channels and failure to detect or prevent income tax evasion to arise. Secondly, having multiple Exchanges rather than one Exchange does not facilitate the required supply, demand and liquidity of cryptocurrencies that a single exchange can provide to sellers and buyers. Thirdly, the multiple exchanges will have varying exchange rates for exchanging real money to cryptocurrency or vice versa and for exchanging one cryptocurrency for another cryptocurrency. This will cause certain sellers in one exchange to have to pay a higher capital gains tax while sellers in another exchange pay lesser tax.

In the DAB there is no provision on the setting-up, regulating and managing of one cryptocurrency exchange by a responsible Ministry or government department, neither is there any provision for the setting up and regulating of a market for the selling and buying of goods and services using cryptocurrencies. This may, in the long term, render the DAB a futile attempt to prevent income tax evasion. Clear legal provision on the setting-up of a cryptocurrency exchange and a market places the obligation on the Finance Ministry to do so, this is crucial to facilitating, regulating and effective taxing of all kinds of cryptocurrency transactions under one roof.

After having the cryptocurrency exchange and market in place and operating, any kind of Thai income tax evasion ought to be slapped with heavy criminal penalties to deter income tax evasion. Yes, the criminal law should provide for income tax evasion as a crime, carrying criminal penalty i.e. the possibility of spending time in prison if convicted. The police will have to work closely with the RD to investigate and gather evidence to dispense with the burden of proving tax evasion. Also, a crime begs the use of extradition treaty for a tax evader located outside Thailand. This is very applicable to cryptocurrencies transactions as one party may be located overseas. These beg the question of: does the government want to seriously put a stop to income tax evasion by cryptocurrency transactions? It is a social responsibility to pay tax. However, given that income tax evading has been epidemic over many years – the parking of money in tax haven countries with offshore bank accounts and now with cryptocurrencies and Blockchain technology,

categorizing clearly income tax evasion as a crime will not only carry imprisonment penalties and act as a deterrent, but also hopefully compels rigorous enforcement of the law by the RD officers and the police.

The approach towards cryptocurrency transactions should be a ‘supporting and taking’ approach rather than just simply collecting more income tax as this will encourage income tax evasion with the help of technology and chasing away sellers, buyers and investors. New tax measures should not be just collecting more tax, punishing tax evaders, but also to help businesses flourish responsibly and legally. This can be done with an exchange for cryptocurrency investors and a market for sale and purchase transactions using cryptocurrencies regulated and operated by the Finance Ministry and having its participants: investors, sellers, buyers and financial intermediaries registered at the exchange and/or the market. In this way, investors of cryptocurrencies who exchange their cryptocurrency back to Baht currency or exchange one cryptocurrency for another will have their capital gain accounted for at the exchange and paying the lower withholding tax. Sellers and buyers in the market using cryptocurrencies for their sale contract will have to account for their transactions at the end of the day and pay the required lower income tax.

Bibliography

- Bal, Aleksandra. "Chapter 14: How to Tax Bitcoin?." in **Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data**. Ed. David Lee Kuo Chuen, San Diego, CA: Academic Press, 2015.
- Bangkok Post. **Draft Decree on Digital Assets Approved** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokpost.com/business/finance/1436159/draft-decree-on-digital-assets-approved/>, 2018 (April, 17).
- Beall, Abigail, and Matt Reynolds. **What are Quantum Computers and How do They Work, Wired Explains** [Online]. Available URL: <http://www.wired.co.uk/article/quantum-computing-explained/>, 2018, (February, 16).
- Dyson, Peter J. **The PC User's Essential Accessible Pocket Dictionary**. 2nd ed. San Francisco: Sybex, 1995.
- Hileman, Garrick, and Michel Rauchs. **Global Cryptocurrency Benchmarking Study**. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, Judge Business School, University of Cambridge, 2017.
- Massumi, Brian, trans. **A Thousand Plateaus**. By Gilles Deleuze and Felix Guattari. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987.
- McLeod, Patrick. "Taxing and Regulating Bitcoin: The Government's Game of Catch Up,." **CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy** 22, 2 (2014): 379-406.
- Merriam-Webster. **Cryptography**. [Online]. Available URL: <https://www.Merriam-webster.com/dictionary/cryptography/>, 2018 (May, 1).
- Nakamoto, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System** [Online]. Available URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf/>, 2018 (May, 17).
- Young, Martin. **Dark Days Loom for Thailand's ICO Industry, but Individual Crypto Tax Waived** [Online]. Available URL: <https://www.newsbtc.com/2018/05/15/opened-dark-days-loom-for-thailands-crypto-industry/>, 2018, (May, 18).

มาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษี
การรับมรดกและการรับให้อันเนื่องมาจาก
การได้สว่นป่าเศรษฐกิจมาโดยทางมรดก
และการให้โดยเสน่หา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รติชัย รถทอง

มาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกและการรับให้
อันเนื่องมาจากการได้สวนป่าเศรษฐกิจมาโดยทางมรดกและการให้โดยเสนหา
Tax Reliefs on Gift and Inheritance of Woodland Farms*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รติชัย รอดทอง**

Assistant Professor Dr.Ratichai Rodthong

บทคัดย่อ

เมื่อประเทศไทยนำเอาภาษีมรดกกลับเข้ามาใช้อีกครั้งโดยออกพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 ว่าด้วยภาษีการรับให้ ทำให้เกิดประเด็นทางกฎหมายตามมาหลายประการ หนึ่งในนั้นก็คือประเด็นว่าทายาทผู้รับทรัพย์มรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจจะต้องเสียภาษีการรับมรดก (Inheritance Tax) หรือไม่และบุตรชอบด้วยกฎหมายผู้รับให้หรือสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจจะต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (Personal Income Tax) หรือไม่ เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในสวนป่าเศรษฐกิจนั้นโดยไม่มีค่าตอบแทนในขณะที่ผู้ให้ (เจ้ามรดก) ยังมีชีวิตอยู่ แล้วแต่กรณีและสวนป่าเศรษฐกิจทรัพย์มรดกที่ตกทอดมาหรือสังหาริมทรัพย์นั้นมีมูลค่าในส่วนที่เกิน 100 ล้านบาทหรือ 20 ล้านบาทแล้วแต่กรณี

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกและการรับให้อันเนื่องมาจากการได้สวนป่าเศรษฐกิจมาโดยทางมรดกและการให้โดยเสนหา” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

This article is a part of research title “Tax Reliefs on Gift and Inheritance of Woodland Farms” This research is funding by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, LL.M. in International Law at the University of Hull, UK., Ph.D. in Tax Law at Brunel University London, UK. E-mail: oothonguk@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, LL.M. in International Law the University of Hull, UK., Ph.D. in Tax Law at Brunel University London, UK.

วันที่รับบทความ (received) 24 สิงหาคม 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 20 กันยายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 25 กันยายน 2561

ถ้าทายาทผู้รับมรดกหรือบุตรชอบด้วยกฎหมายผู้รับให้อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจจะต้องเสียภาษีการรับมรดกหรือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเด็นปัญหาจึงมีต่อไปว่า เมื่อมีการรับสวนป่าเศรษฐกิจซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูงเกินมูลค่าขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้มาโดยทางมรดกหรือทางการให้โดยเสน่หาแล้วอาจทำให้ทายาทหรือผู้รับให้สวนป่าเศรษฐกิจนั้นๆ ไม่สามารถเสียภาษีการรับมรดกหรือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากการรับโอนสวนป่าเศรษฐกิจได้เนื่องจากไม่มีเงินเพียงพอที่จะเสียภาษี แม้พวกเขาจะเป็นเจ้าของสวนป่าเศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูงแต่ก็ไม่มีเงินเพียงพอต่อภาระภาษีที่ต้องเสียซึ่งในต่างประเทศจะเรียกบุคคลกลุ่มนี้ว่าเป็นพวก *“Land poor”* ส่งผลให้ทายาทหรือผู้รับให้สวนป่าเศรษฐกิจดังกล่าวจำเป็นต้องขายที่ดินสวนป่าของตนไปพร้อมกับไม้เศรษฐกิจที่ปลูกไว้ไปในเวลาที่ยังไม่เหมาะสม เพราะไม้เศรษฐกิจเหล่านั้นยังไม่ครบอายุในการตัดฟันหรือโค่นเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จึงนับเป็นการสูญเสียทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกไม้เศรษฐกิจตามพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 ในประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกลับไม่มีมาตรการทางภาษีใดๆ ที่สามารถช่วยบรรเทาภาระภาษีให้แก่ทายาทผู้มีสิทธิรับมรดกหรือผู้รับให้ซึ่งสวนป่าเศรษฐกิจแต่อย่างใดเลย จึงนำมาสู่การศึกษาวិจัยทางกฎหมายโดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์กับประเทศไทยเพื่อนำเสนอแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายดังกล่าวต่อไป

Abstract

Inheritance tax has been reintroduced in Thailand under the Inheritance Tax Act of 2015 as well as income tax exemptions on assessable income derived from certain gifts made during an individual's lifetime have been changed under the Revenue Code Reform Act (No. 40) of 2015, respectively. Unfortunately, these Acts are enacted to leave as many loopholes open as possible in recent years. One of the main loopholes in the two Acts involves the legal issues related to the inheritance and income tax liabilities of an heir to whom a woodland farm is bequeathed, in cases where the total amount of the woodland farm exceeds the inheritance tax threshold or a legitimate child of the donor has assessable income derived from a gift (such as a woodland farm) transferred during the lifetime of the donor and the amount of income exceeds the exemption threshold. The question arises whether such an heir or a legitimate child transferee of the woodland farm shall pay an inheritance or personal income tax, as the case may be. Another issue is related to a lack of a woodland tax relief as a result of inheritance and gift taxes, which would make it more likely that the heirs or transferees are able to afford to pay taxes on the woodland farm they receive. Thus, Thai inheritance and (personal) income tax law is a primary obstacle to maintaining family-owned woodland farms intact and viable, because most heirs potentially rely on a land-rich-cash-poor model of agricultural business that cannot be easily converted to cash. Hence, the heirs facing inheritance and income taxes are forced to sell family-owned woodland farms, including the land and trees, in order to raise money for their inheritance and income tax liabilities. Consequently, not only would Thailand's economy be seriously distorted by these problems, but their effects on the environmental resources on which the nation itself depends could be gradually destroyed. The Thai tax provision laws, and all the rules that govern the inheritance and income taxes applied to woodland areas, as assisted by the Woodland Act of 1992, are not able to relieve the tax burden placed on the heirs and gift recipients due to the abovementioned legal issues and, hence, need amendments. According to legal comparative research, similar laws in the United States of America, the United

Kingdom and the Republic of Ireland are considered and analysed to examine the nature of woodland inheritance law conceptions, which faces a large gap in the Thai legal framework.

คำสำคัญ: มาตรการบรรเทาภาระภาษี, สวนป่าเศรษฐกิจ, ภาษีการรับมรดก

Keywords: woodland relief, woodlands, inheritance tax

ภายหลังการประกาศปิดป่าทั่วประเทศเมื่อต้นปี พ.ศ.2532 ทำให้ไม้เศรษฐกิจของไทยได้มาจากป่าปลูกหรือสวนป่าและจากการนำเข้าเท่านั้น (Commercial woodlands หรือ Commercial forestry)¹ ในขณะที่สวนป่าเศรษฐกิจสามารถทำหน้าที่สวนป่าอนุรักษ์ไปพร้อมๆ กันได้ รวมทั้งนโยบายการป่าไม้แห่งชาติ พ.ศ.2528 กำหนดให้ร้อยละ 25 เป็นพื้นที่ป่าเศรษฐกิจ² ในเวลาต่อมาปรับเปลี่ยนเป็นป่าเศรษฐกิจ ร้อยละ 15 แต่พื้นที่ป่าไม้ของประเทศก็ยังลดลงอย่างต่อเนื่องเหลือเพียง 81 ล้านไร่ (ร้อยละ 25.28)³ แม้การประกาศปิดป่าเมื่อปี 2532 ซึ่งส่งผลกระทบอย่างสำคัญต่อการลดลงอย่างรวดเร็วของปริมาณไม้ที่ผลิตได้ในประเทศไม่เพียงพอต่อความต้องการที่มีมากกว่า 10 ล้านลูกบาศก์เมตร⁴ จึงตราพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 ขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มีการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อการค้าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น (Commercial woodlands หรือ Commercial forestry) เพิ่มพื้นที่ป่าไม้ให้มีปริมาณมากขึ้น และเพื่อให้ผู้ที่ทำการปลูกสร้างสวนป่ามีความมั่นใจในสิทธิและโยชน์ที่จะได้รับจากการปลูกสร้างสวนป่า

หลังจากการประกาศใช้กฎหมายสวนป่าและการส่งเสริมของรัฐบาลทำให้มีจำนวนผู้เข้าร่วมต้นตวปลูกสวนป่าครอบคลุมพื้นที่มากกว่า 2 ล้านไร่⁵ นำมาซึ่งการปรับปรุงกฎหมายไม้เศรษฐกิจ “พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535” เพื่อนำไปสู่การส่งเสริมให้เกษตรกรซึ่งมีที่ดินมากมาย มาปลูกไม้เศรษฐกิจเป็นฟาร์ม เหมือนอย่างการทำฟาร์มไม้ป่าในต่างประเทศ⁶ อย่างเช่นที่รัฐทัสมาเนีย ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีพื้นที่ป่า ร้อยละ 49 ของพื้นที่รัฐ เป็นป่าไม้ของรัฐ ร้อยละ 70 และเป็นป่าไม้ของเอกชนอยู่ประมาณร้อยละ 30 ซึ่งอยู่ภายใต้การจัดการของเอกชนเพื่อผลตอบแทนทางเศรษฐกิจ

¹บัณฑิต ศิริรักษ์โสภณ, “การเมืองเรื่องป่าชุมชน: ปัญหาเชิงนโยบายและระบบกรรมสิทธิ์ร่วมในสังคมไทย,” วารสารธรรมศาสตร์ 37, 2 (2561): 149.

²กรมอุทยานแห่งชาติ, นโยบายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการลุ่มน้ำที่สำคัญ: นโยบายป่าไม้แห่งชาติในส่วนที่เกี่ยวกับงานจัดการต้นน้ำที่สำคัญ [Online], available URL: <http://www.dnp.go.th/watershed/policy1.htm>, 2561 (มิถุนายน, 25).

³กรมป่าไม้, นโยบายป่าไม้แห่งชาติ [Online], available URL: https://www.forest.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=304&Itemid=413, 2561 (มิถุนายน, 25).

⁴สำนักข่าวอิศรา, ความเห็นผู้ปลูกสวนป่าต่อร่าง พ.ร.บ.สวนป่า ฉบับแก้ไข [Online], available URL: <https://www.isranews.org/thaireform-data-environment/34690-thaireform12343222.html>, 2561 (มิถุนายน, 25).

⁵มติชนออนไลน์, ภาครัฐส่งเสริม ‘บ้านปางมะโอ’ ปลูกไม้สักกว่า 20 ปี เกษตรกรขอตัดจำหน่าย รัฐไม่อนุญาต! [Online], available URL: https://www.matichon.co.th/region/news_837053, 2561 (กันยายน, 10).

⁶มณฑล จำเริญพุกฤษ, ฟาร์มไม้ป่าหนทางเพิ่มไม้เศรษฐกิจ [Online], available URL: http://lookforest.com/00_newlook/article_person.php?id_send=430, 2561 (กันยายน, 10).

(สวนป่าเศรษฐกิจ)⁷ ยังสามารถสนองตอบเป็นอย่างดีต่อวัตถุประสงค์รองของสวนป่าในด้านการอนุรักษ์และรักษาไว้ซึ่งความเป็นพื้นที่สีเขียวควบคู่กันไปดังกล่าวแล้วอีกด้วย นอกจากนี้สวนป่าเศรษฐกิจมีบทบาทต่อเศรษฐกิจของประเทศสูงพอสมควร⁸

พระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 สวนป่าเศรษฐกิจ⁹ ถือเป็นทรัพย์สินที่สามารถตกทอดโดยทางมรดกไปยังทายาท¹⁰ หรืออาจโอนให้แก่กันได้โดยเสนหาในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าสวนป่าดังกล่าวเป็นการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าในที่ดินของเอกชนที่มีเนื้อที่ที่ดินมีปริมาณมากและมีราคาประเมินสูงๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหากฎหมายต่างๆ หลายประการ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาวิจัยได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษีของภาษีมรดกและการให้ซึ่งสวนป่าเศรษฐกิจในต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้โดยเฉพาะจึงทำให้การปรับบทกฎหมายในกรณีดังกล่าวมีความชัดเจน ในขณะที่กฎหมายของประเทศไทย แม้จะมีการตราพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงประเด็นของสวนป่าเศรษฐกิจ รวมทั้งยังมีอาจนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายอื่นใดมาพิจารณาได้ครอบคลุมกับปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นได้กรณีจึงเป็นช่องว่างแห่งกฎหมาย

เพื่อนำมาสู่แนวทางแก้ไขปัญหาและนำเสนอข้อเสนอแนะที่เหมาะสมผู้ศึกษาวิจัยจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องเพื่อวิเคราะห์ปัญหามาตรการทางกฎหมายเพื่อบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกและการรับให้อันเนื่องมาจากการได้สวนป่าเศรษฐกิจ เหตุผลที่เลือกศึกษากฎหมายของสามประเทศดังกล่าว เนื่องจากทั้งสามประเทศต่างมีระบบกฎหมายภาษีมรดกและการให้ที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ประเทศอเมริกามีระบบภาษีมรดก

⁷ Forestry Tasmania, "Lowland dry eucalypt forests," *Native Forest Silviculture Technical Bulletin*, 3 (2009): 14.

⁸ บุญวงศ์ ไทยอุดสาห์, พาโลว์เนีย: ไม้เศรษฐกิจปลูกแล้วรวยจริงหรือ?, เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมสัมมนาเรื่อง ไม้เศรษฐกิจ ยมหอม ยูคา พาโลว์เนีย ปลูกแล้วรวยจริงหรือ?, ชมรมสื่อมวลชนเกษตรแห่งประเทศไทย, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ [Online], available URL: http://silvic.forest.ku.ac.th/Re_Boongvong2.htm, 2561 (กันยายน, 10).

⁹ บัญชีต้นไม้แนบท้าย พ.ร.บ. สวนป่า ระบุไว้ 58 ชนิดด้วยกัน เช่น ไม้สัก ไม้พะยูน ประดู่บ้าน เคี่ยม เต็ง รัง ไม้สกุลยาง สะเดา นางพญาเสือโคร่ง นนทรี จามจุรี มะขามป้อม มะค่าโมง หลุมพอ ไม้สกุลทุเรียน มะขาม กระพี้เขาควาย สารธ สุพรรณิการ์ เป็นต้น.

¹⁰ พระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558, มาตรา 19.

และการให้ที่เก็บจากฐานผู้โอน (Donor-based taxes) เหมือนของประเทศสหราชอาณาจักร แต่ในกรณีของประเทศอเมริกาจะแยกภาษีกองมรดก (Federal Estate Tax) ออกจากภาษีการให้ (Federal Gift Tax) ในขณะที่กรณีของประเทศอังกฤษเก็บจากฐานผู้โอนเช่นเดียวกับของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ทำการผสมภาษีทั้งสองประเภทเข้าด้วยกันเป็นระบบเดียว ที่เรียกว่า “ภาษีมรดกและการให้” (Single integrated tax) หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า “Inheritance Tax” ในขณะที่กรณีของประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์กับประเทศไทยจะเก็บจากฐานผู้รับโอน (Recipient-base taxes) เหมือนกัน แต่ในกรณีของประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์นำภาษีการรับมรดกและการรับให้มารวมกันเป็นกฎหมายภาษีการได้รับมาซึ่งทุน (Capital Acquisitions Tax) แตกต่างกับประเทศไทยที่เราแยกภาษีการรับมรดกและการรับให้ออกจากกัน โดยนำเอาภาษีการรับมรดกแยกมาอยู่ในพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 แต่นำภาษีการรับให้ไปแฝงอยู่ในภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามประมวลรัษฎากรแทน โดยใช้วิธีการแก้ไขกฎหมายประมวลรัษฎากร อาศัยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 นอกจากนี้ยังพบว่า มีประเด็นต่างๆ ที่สำคัญดังที่เป็นรายละเอียดจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

1. ประการแรก หลังจากเดือนกุมภาพันธ์ 2559 ประเทศไทยเริ่มมีการเก็บภาษีมรดกอีกครั้งตามกฎหมายพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 ส่งผลให้ทายาทผู้รับทรัพย์มรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจจะต้องเสียภาษีการรับมรดก (Inheritance Tax) หรือผู้รับการให้ทรัพย์สินที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจ อันถือเป็นการได้รับเงินได้พึงประเมิน (มาตรา 39) ที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา โดยเงินได้พึงประเมินนั้นไม่เข้าลักษณะตามมาตรา 42 ไม่ว่าจะเป็นกรณีการได้รับเงินได้พึงประเมินอันเนื่องมาจากการได้รับจากการอุปการะหรือจากการให้โดยเสน่หาจากบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือคู่สมรส เฉพาะเงินได้ในส่วนที่เกิน 20 ล้านบาทตลอดปีภาษี ตามอนุมาตรา (27) หรือจากการอุปการะโดยหน้าที่ธรรมจรรยาหรือจากการให้โดยเสน่หาเนื่องในพิธี หรือตามโอกาสแห่งขนบธรรมเนียมประเพณีที่ได้รับจากบุคคลซึ่งมิใช่บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือคู่สมรส เฉพาะเงินได้ในส่วนที่เกิน 10 ล้านบาทตลอดปีภาษี ตามอนุมาตรา (28) แล้วแต่กรณี นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่ผู้รับการให้ที่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นผู้ได้รับเงินได้พึงประเมินจากการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าตอบแทน เฉพาะเงินได้พึงประเมินจากการโอนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายในส่วนที่ไม่เกิน 20 ล้านบาทต่อบุตรหนึ่งคนตลอดปีภาษี เช่นนี้ ถ้าทายาทหรือผู้มีเงินได้พึงประเมินอันเนื่องมาจากการรับให้ทรัพย์สินที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจ จึงมีประเด็นปัญหาที่ว่า บุคคลเหล่านั้นจะต้องเสียภาษีการรับมรดกหรือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (Personal Income Tax) หรือไม่ ถ้าปรากฏว่าสวนป่าเศรษฐกิจทรัพย์มรดกที่ตกทอดมาหรืออสังหาริมทรัพย์ที่รับโอนมานั้นมีมูลค่าในส่วนที่เกิน 100 ล้านบาท 20 ล้านบาท หรือ 10 ล้านบาทด้วย ตามแต่กรณี

จากผลการศึกษาพบว่า ทรัพย์สินในกองมรดกที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 บทบัญญัติมาตรา 14 กำหนดให้เป็นอสังหาริมทรัพย์เป็นสำคัญตามอนุมาตรา (1) นอกนั้นเป็นหลักทรัพย์ เงินฝาก ยานพาหนะ หรือทรัพย์สินทางการเงินตามที่กฎหมายกำหนด ตามอนุมาตรา (2) ถึง (4) กรณีจึงมีปัญหว่า สวนป่าเศรษฐกิจนับเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่ จึงมีคำถามที่ตามมาอีกว่า สวนป่าเศรษฐกิจเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ จะเห็นว่าสวนป่าเศรษฐกิจประกอบไปด้วย “ที่ดินสวนป่า” และ “ต้นไม้” ที่เป็นไม้ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจสูงมากๆ เช่น ไม้สัก^{11,12} และขึ้นอยู่หรือปลูกอยู่ในที่ดินนั้นโดยพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 ได้กำหนดความหมายของ คำว่า “สวนป่า” ไว้ในมาตรา 3 ว่าหมายถึงที่ดินสวนป่าที่นำมาขึ้นทะเบียนเพื่อทำการปลูกและบำรุงรักษาต้นไม้ที่เป็นไม้หวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้มิ่ว่าจะเป็นต้นไม้ที่ขึ้นอยู่แล้วหรือปลูกขึ้นเพื่อใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นแต่อาจใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ได้ด้วย จะเห็นได้ว่าที่ดินสวนป่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเป็นทรัพย์สินอันเข้าลักษณะที่ตกอยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 กรณีจึงมีประเด็นปัญหาต่อไปว่า “ต้นไม้” ที่ขึ้นอยู่แล้วหรือปลูกขึ้นในสวนป่าเศรษฐกิจนั้นๆ เป็นทรัพย์สินประเภทใด นอกจาก “อสังหาริมทรัพย์” หมายถึงที่ดินแล้วทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน

¹¹ จากข้อมูลการสำรวจราคาไม้เพื่อเผยแพร่แก่ผู้ปลูกและผู้รับซื้อ-ขายไม้สวนป่า พบว่าราคาไม้สักจากสวนป่าขององค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ (อ.อ.ป.) ณ เดือนตุลาคม 2557 มีดังนี้ เช่น

กลุ่มที่ 1: ถ้าไม้สักที่มีขนาดความโตที่เส้นรอบวง 45-49 เซนติเมตร และมีความยาว 6 เมตรขึ้นไป คิดเป็นจำนวนท่อนเท่ากับ 5.7 ท่อนต่อลูกบาศก์เมตร จะมีราคาเท่ากับ 6,400 บาทต่อลูกบาศก์เมตร,

กลุ่มที่ 2: ถ้าไม้สักที่มีขนาดความโตที่เส้นรอบวง 70-74 เซนติเมตร และมีความยาว 6 เมตรขึ้นไป คิดเป็นจำนวนท่อนเท่ากับ 2.1 ท่อนต่อลูกบาศก์เมตร จะมีราคาเท่ากับ 14,000 บาทต่อลูกบาศก์เมตร

กลุ่มที่ 3: ถ้าไม้สักที่มีขนาดความโตที่เส้นรอบวง 110-119 เซนติเมตร และมีความยาว 6 เมตรขึ้นไป คิดเป็นจำนวนท่อนเท่ากับ 1 ท่อนต่อลูกบาศก์เมตร จะมีราคาเท่ากับ 23,200 บาทต่อลูกบาศก์เมตร

กลุ่มที่ 4: ถ้าไม้สักที่มีขนาดความโตที่เส้นรอบวง 140 เซนติเมตรขึ้นไป และมีความยาว 6 เมตรขึ้นไป คิดเป็นจำนวนท่อนเท่ากับ 0.6 ท่อนต่อลูกบาศก์เมตร จะมีราคาเท่ากับ 29,300 บาทต่อลูกบาศก์เมตร

หมายเหตุ: ราคาไม้สักข้างต้นเป็นราคาไม้ ณ จุดขายไม้ซึ่ง อ.อ.ป. ได้เริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2556 ถึงปัจจุบันและราคานี้ยังไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม

ถ้าไม้สักนั้นได้มีการแปรรูป ราคาไม้สักแปรรูปขนาดความกว้างเท่ากับ 10-12 นิ้ว ความยาวเท่ากับ 7 ฟุตขึ้นไป และมีความหนาเท่ากับ 1 นิ้ว จะมีราคาซื้อเท่ากับ 1,250 บาทต่อตารางฟุต (ราคา ณ เดือนตุลาคม 2557).

¹² สำนักส่งเสริมการปลูกป่า กรมป่าไม้, การสำรวจข้อมูลโดยสวนปลูกป่าภาคเอกชน [Online], available URL: http://www.forest.go.th/wood_value/index.htm, 2561 (กันยายน, 10).

ยังนับว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์อีกด้วย ดังนี้ “ต้นไม้” เหล่านั้นก็ย่อมเป็นอสังหาริมทรัพย์ไปด้วย เช่นเดียวกัน เนื่องจากเมื่อนำต้นไม้ที่ขึ้นอยู่ในสวนป่าเศรษฐกิจทั้ง 58 ชนิด¹³ ตามที่ปรากฏอยู่ในบัญชีต้นไม้แนบท้ายพระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 มาพิจารณา จะพบว่าไม้เศรษฐกิจทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็น “ไม้ยืนต้น” ซึ่งถือเป็นทรัพย์ที่เกิดหรือติดกับที่ดินโดยธรรมชาติอันมีลักษณะเป็นการถาวร¹⁴ อาจเป็นได้ทั้งต้นไม้ที่งอกขึ้นเองตามธรรมชาติหรือที่มนุษย์เป็นผู้ปลูกขึ้นก็ได้และมีลักษณะติดตรึงตราแน่นหนาอยู่กับที่ดินเป็นการถาวร จึงนับได้ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์¹⁵ ตามมาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ตามประกาศข้อบังคับชั่วคราวสำหรับการเพาะปลูกสวนใหญ่สมพักศรที่ไร่นาร.ศ.129 ข้อ 7 ยังกำหนดไว้ว่า ไม้ยืนต้นอายุยืนกว่า 3 ปี เช่น ต้นพลูเป็นไม้ยืนต้นเพราะมีอายุเกิน 3 ปี (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 107/2476, 372/2498, 1355/2508) ส่วนไม้ล้มลุกตามประกาศข้อ 6 ได้แก่ ไม้ที่มีอายุไม่เกิน 3 ปี เช่นนี้ จะเห็นว่าต้นไม้ในสวนป่าเศรษฐกิจ ทั้ง 58 ชนิดในบัญชีต้นไม้ท้ายพระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 นับเป็นไม้ยืนต้นเนื่องจากไม้ทุกชนิดล้วนแต่มีอายุระหว่าง 10 ปี ถึง 30 ปีขึ้นไปทั้งสิ้น โดยเฉพาะไม้เศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูงๆ เช่น ไม้สัก ไม้ประดู่ หรือพะยูง ที่เป็นไม้ที่มีอายุการตัดฟันยาวตั้งแต่ 30 ปี ขึ้นไป เจ้าของสวนป่าเศรษฐกิจจำเป็นต้องรอเวลาจึงจะสามารถตัดเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ได้¹⁶

อย่างไรก็ตาม การที่สวนป่าเศรษฐกิจทรัพย์มรดกที่ตกทอดแก่ทายาทหรืออสังหาริมทรัพย์ที่โอนมาโดยไม่มีค่าตอบแทนในขณะที่ผู้ให้ (เจ้ามรดก) ยังมีชีวิตอยู่นั้น อาจมีประเด็นปัญหาต้องพิจารณาว่า “ต้นไม้” ที่ขึ้นอยู่ในสวนป่าเศรษฐกิจนั้นเป็นส่วนควบกับที่ดินหรือไม่ และเมื่อมีการโอนสวนป่าเศรษฐกิจโดยทางมรดกหรือการให้โดยเสนหาแล้ว ทายาทหรือผู้รับให้จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินสวนป่าและต้นไม้ที่ขึ้นอยู่ในสวนป่าเศรษฐกิจด้วยหรือไม่ กรณีตามปัญหาแรก ผู้ศึกษาวิจัยพบว่า ต้นไม้ที่ขึ้นอยู่บนที่ดินสวนป่าเศรษฐกิจเป็นส่วนควบของที่ดินสวนป่าเนื่องจากการปลูกต้นไม้ยืนต้นลงบนที่ดินสวนป่า ต้นไม้ยืนต้นเหล่านั้นย่อมเป็นส่วนควบกับที่ดินสวนป่าโดยมีที่ดินเป็นทรัพย์ประธาน เนื่องจากโดยสภาพแห่งทรัพย์อันเป็นต้นไม้ที่ขึ้นอยู่หรือปลูกลงบนที่ดินสวนป่าเศรษฐกิจเหล่านั้นถือเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของทรัพย์ประธานอันเป็นที่ดินสวนป่าเศรษฐกิจซึ่งสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนตามธรรมชาติ อีกทั้งสวนป่าอันเป็นไม้ยืนต้นเหล่านั้นได้เกิดการรวม

¹³ บัญชีต้นไม้ แนบท้ายพระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

¹⁴ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง ประเทศไทย, 2550), หน้า 14.

¹⁵ จูฑามาต นิสารัตน์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), หน้า 7.

¹⁶ บุญวงศ์ ไทยอุตสาห, เรื่องเดิม.

สภาพกันโดยธรรมชาติกับที่ดินสวนป่าเศรษฐกิจแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบรรดาต้นไม้เหล่านั้นจะเป็นต้นไม้ที่งอกขึ้นเองตามธรรมชาติหรือที่มนุษย์เป็นผู้ปลูกขึ้นก็ตาม ต้นไม้เหล่านั้นย่อมจะเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ไม้นั้นขึ้นอยู่¹⁷ ทั้งนี้ต้นไม้เหล่านั้นล้วนเป็นส่วนควบของที่ดินสวนป่าเสมอโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นสาระสำคัญแห่งความเป็นอยู่ของที่ดินนั้นหรือไม่¹⁸

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงให้ไม้ยืนต้นเป็นส่วนควบของที่ดินที่ไม้นั้นขึ้นอยู่อีกด้วย ตามมาตรา 145 วรรคแรก เช่นนี้ ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในแง่การภาษีการรับมรดกที่ของทายาทผู้รับมรดกหรือของผู้มีเงินได้พึงประเมิน จากการได้รับสวนป่าเศรษฐกิจที่ได้รับอันเนื่องมาจากการให้อสังหาริมทรัพย์โดยเสนหาของผู้ให้ (เจ้ามรดก) ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น ถ้ามีจำนวนเกินกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด (Tax threshold) ที่จะได้รับการยกเว้นภาษี (ส่วนที่เกิน 100 ล้านบาทสำหรับกรณีภาษีการรับมรดกหรือส่วนที่เกิน 20 หรือ 10 ล้านบาทสำหรับกรณีภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา แล้วแต่กรณี) ทายาทหรือผู้มีเงินได้พึงประเมินดังกล่าวย่อมจะมีภาระภาษีการรับมรดกหรือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเกิดขึ้น เช่นนี้การคำนวณภาษีที่ต้องเสียนั้นจะต้องคำนวณจากยอดมูลค่ารวมของทั้งที่ดินสวนป่าและต้นไม้ที่ปลูกหรือขึ้นอยู่ในสวนป่าเพราะบรรดาไม้เศรษฐกิจเหล่านั้นถือเป็นส่วนควบกับที่ดินสวนป่าอันเป็นทรัพย์สินประธาน ดังนั้นการจะทราบยอดมูลค่ารวมของสวนป่าจำเป็นต้องทำการประเมินราคาที่ดินสวนป่าและต้นไม้ในสวนป่าเหล่านั้นไปพร้อมๆ กัน มากกว่าที่จะทำการประเมินราคาแยกกัน

ในทางตรงกันข้าม เพื่อประโยชน์ในการคำนวณภาษีการรับมรดกและภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาอันเนื่องมาจากการได้รับสวนป่าเศรษฐกิจ แล้วแต่กรณีพบว่า ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคำนวณมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดก (ตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558) เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และวิธีการที่ใช้ในการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 กฎหมายก็ได้กำหนดให้แยกหรือรวมคำนวณมูลค่าของที่ดินสวนป่ากับต้นไม้ในสวนป่าแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดวิธีการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินโดยให้ถือตามราคาหรือมูลค่าอันพึงมีในวันที่ได้รับทรัพย์สินนั้น ถ้าเป็นกรณีของอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายให้ถือเอาราคาประเมินทุนทรัพย์ของอสังหาริมทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดินหักด้วยภาระที่ถูกรอนสิทธิตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงเป็นสำคัญ

¹⁷ ศรีราชา เจริญพานิช, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 47-49.

¹⁸ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 62.

นอกจากนี้ เมื่อนำเอากฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ต้องเสียภาษีการรับมรดก พ.ศ.2559 มาพิจารณาก็พบว่า บทบัญญัติในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การคำนวณมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยแต่อย่างใด กำหนดแต่เพียงกรณีการคำนวณมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นมีหรือไม่มีราคาประเมินในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมหรือไม่ หรือกรณีการคำนวณมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศนอกเหนือจาก (1) และ (2) ตามข้อ 2 ของกฎกระทรวงฉบับนี้เท่านั้น สำหรับกรณีของการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยนั้นไม่สามารถนำเอาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวงฉบับนี้มาใช้บังคับได้ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องคำนวณมูลค่าของที่ดินสวนป่าเศรษฐกิจ โดยวิธีการรวมคำนวณมูลค่าของที่ดินสวนป่าอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยให้ถือเอาราคาประเมินทุนทรัพย์ของอสังหาริมทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน หักด้วยภาระที่ถูกรอนสิทธิตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁹

กรณีจึงมีประเด็นปัญหาจะต้องพิจารณาต่อไปว่า กรณีดังกล่าวจะต้องนำเอาต้นไม้ในสวนป่าเหล่านั้นมาคำนวณมูลค่าด้วยหรือไม่ พบว่ามูลค่าของต้นไม้ในสวนป่า (สวนควบ) นั้นโดยตัวมันเองก็ถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วยเช่นเดียวกันซึ่งการเป็นส่วนควบของทรัพย์นั้นกฎหมายมิได้จำกัดว่าจะเป็นที่ดินแต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นก็หาไม่²⁰ ฉะนั้น จึงต้องนำต้นไม้ในสวนปามาคำนวณมูลค่าด้วยกันเพื่อประโยชน์ในการคำนวณภาษีการรับมรดกและภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากการได้รับเงินได้พึงประเมินอันเนื่องมาจากการรับให้สวนป่าเศรษฐกิจ แล้วแต่กรณี เพราะที่ดินสวนป่า (อันเป็นทรัพย์ประธาน) รวมกับต้นไม้ในสวนป่า (อันเป็นส่วนควบ) เหล่านั้น กฎหมายสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ก่อนว่า ต้นไม้ใดที่ติดกับที่ดิน (สวนป่า) นั้นย่อมเป็นสาระสำคัญในความเป็นอยู่ของที่ดิน (สวนป่า) นั้นและต้นไม้ในสวนป่าได้เข้ามารวมสภาพกับที่ดินสวนป่าอันเป็นทรัพย์ประธานแล้ว²¹

อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งตามมาได้ว่า การคำนวณมูลค่าของที่ดินสวนป่าและต้นไม้ที่อยู่ในสวนปานั้นจะต้องแยกคำนวณเฉพาะมูลค่าของที่ดินสวนป่าเท่านั้น เพราะแม้ว่าต้นไม้ในสวนป่าเหล่านั้นจะถือเป็นส่วนควบของที่ดินสวนป่าก็ตาม แต่บรรดาต้นไม้ในสวนป่าเหล่านั้นไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 มาตรา 14 แต่อย่างใดเนื่องจาก “สวนควบ” มิได้รวมอยู่ในนิยามของ “ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศ” ซึ่งต้องเสียภาษีการรับ

¹⁹ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การหักภาระที่ถูกรอนสิทธิในการคำนวณมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นมรดก พ.ศ.2555 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2559 เป็นต้นไป.

²⁰ ประมวล สุวรรณศร, เรื่องเดิม, หน้า 52.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

มรดกตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งนี้ เมื่อนำเอากฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งต้องเสียภาษีมรดก พ.ศ.2559 มาพิจารณาพบว่า ตามความที่ปรากฏในข้อ 2 ของกฎกระทรวงฉบับนี้ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่า “ทรัพย์สินดังต่อไปนี้เป็นทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งต้องเสียภาษีการรับมรดก (1) อสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย (2)...” จะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้นิยามรวมเอาส่วนควบเข้าไว้ด้วยแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อนำเอาหลักเกณฑ์และวิธีการที่ใช้ในการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 จะเห็นได้ว่า กฎหมายก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการใดๆ ที่นำมาใช้กับการคำนวณมูลค่าของส่วนควบของอสังหาริมทรัพย์ (ที่ดินสวนป่า) เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งดังกล่าวข้างต้นอาจถูกโต้แย้งกลับได้โดยอาศัยเหตุผลที่ว่า แม้กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวจะมีได้รวมเอาส่วนควบเข้าไว้ในนิยามก็ตาม แต่เนื่องจากต้นไม้สวนป่ามิใช่ส่วนควบทั่วไป หากแต่เป็น “ไม้ยืนต้น” ที่ถือว่าตัวมันเองก็เป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งด้วย เช่นเดียวกันตามหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์ ฉะนั้น ต้นไม้สวนป่าจึงอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกด้วยเพราะถือเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยอันเข้าลักษณะต้องเสียภาษีการรับมรดก ตามกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งต้องเสียภาษีมรดก พ.ศ.2559 ด้วย เช่นเดียวกับที่ดินสวนป่า ถ้ามูลค่าของที่ดินสวนป่าและ/หรือมูลค่าของบรรดาต้นไม้ที่ขึ้นอยู่หรือปลูกอยู่ในที่ดินนั้นๆ มีมูลค่าเกินกว่าอัตราขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด (ส่วนที่เกิน 100 ล้านบาท) จะต้องนำมาคำนวณเพื่อเสียภาษีการรับมรดกของทายาทด้วย ส่วนในกรณีของผู้รับให้ซึ่งมีเงินได้พึงประเมินอันเนื่องมาจากการได้รับสวนป่าเศรษฐกิจมานั้น ไม่จำเป็นต้องนำกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาด้วยเพราะกฎกระทรวงฉบับนี้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีของภาษีการรับมรดกเท่านั้น ดังนั้น ไม่ว่าจะรวมหรือแยกคำนวณก็ตาม มูลค่าที่ดินสวนป่าและ/หรือต้นไม้ในสวนป่านั้นๆ ถ้ามีมูลค่าเกินกว่า 20 ล้านบาท หรือ 10 ล้านบาท แล้วแต่กรณี ผู้รับให้สวนป่าเศรษฐกิจนั้นจะต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามประมวลรัษฎากรด้วย

ต่อประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ “ต้นไม้” ที่ขึ้นอยู่ในสวนป่าเศรษฐกิจนั้นเป็นส่วนควบกับที่ดิน ซึ่งจากที่เคยมีการศึกษามาแล้วว่าต้นไม้ที่เป็นไม้ยืนต้นในสวนป่าเศรษฐกิจเหล่านั้นเป็นส่วนควบของที่ดินเสมอโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าไม้นั้นเป็นสาระสำคัญแห่งความเป็นอยู่ของที่ดินหรือไม่อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งได้ว่า บรรดาต้นไม้ที่ขึ้นหรือปลูกอยู่ในสวนป่านั้นไม่ถือเป็นส่วนควบของที่ดินสวนป่าที่เป็นทรัพย์สินประเภทใดอย่างใด เนื่องจากการพิจารณาว่าทรัพย์สินใด (ไม้ยืนต้น) ที่เป็นส่วนควบกับที่ดินที่ไม้นั้นขึ้นอยู่ (ทรัพย์สินประเภท) นอกจากจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบสำคัญเกี่ยวกับความเป็นสาระสำคัญแห่งความเป็นอยู่และการรวมสภาพของส่วนควบกับทรัพย์สินประเภทแล้ว สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาประกอบ คือ เจตนาของเจ้าของที่ดินที่ต้องการปลูกไม้ยืนต้นลงไปในที่ดิน

นั่นว่ามีเจตนาปลูกลงในที่ดินเป็นการชั่วคราวเวลาอันมีจำกัดเพียงชั่วคราว เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 146 ไม่ถือเป็นส่วนควบ อีกทั้งยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1380/2532 เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ไม้ยืนต้นเป็นส่วนควบกับที่ดินที่ดินที่ปลูกไม้นั้นแต่ถ้าไม้ยืนต้นนั้น ผู้ปลูกมีเจตนาจะปลูกลงในที่ดินชั่วคราวเวลาอันมีจำกัดเพียงชั่วคราวย่อมถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินเพียงชั่วคราว ไม่กลายเป็นส่วนควบของที่ดิน จำเลยตกลงให้ผู้ร้องปลูกต้นสนลงในที่ดินของจำเลย เมื่อต้นสนโตเต็มที่จะตัดขายเอาเงินมาแบ่งกัน ต้นสนไม่ตกเป็นส่วนควบของที่ดิน โจทก์ไม่มีสิทธิบังคับคดีเอาจากต้นสนส่วนควบของผู้ร้องซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ผู้ร้องมีสิทธิขอถอนส่วนได้” ดังนี้ เมื่อพิจารณาเจตนาของผู้ปลูกไม้สวนป่าเศรษฐกิจแล้ว พบว่าผู้ปลูกสวนป่ามีเจตนาที่จะปลูกต้นไม้ลงในสวนป่าซึ่งเป็นไม้ที่มีมูลค่าสูงทางเศรษฐกิจเพื่อรอวันตัดขายเท่านั้น เนื่องจากการปลูกต้นไม้ในสวนป่าที่เจ้าของสวนป่า (รวมถึงผู้ยื่นคำขอรับโอนทะเบียนสวนป่า) ได้หนังสือรับรองขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า เหล่ามุ่งประสงค์เพื่อประโยชน์ ใช้ประโยชน์จากเนื้อไม้ของต้นไม้ ไม่ว่าจะเป็นส่วนใดๆ ของต้นไม้ที่ถูกตัด ทอน ใส ผ่า ถาก ขุด อัด ฯลฯ หรือไม่ว่าจะเป็นไม้แปรรูป สิ่งประดิษฐ์ เครื่องใช้หรือสิ่งอื่นใดที่ทำจากต้นไม้หรือส่วนใดๆ ของต้นไม้ด้วย ตามนิยามศัพท์ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 รวมถึงตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ก็เพื่อเป็นการส่งเสริมอาชีพให้ประชาชนมีงานทำและผลิตไม้เพื่อเป็นสินค้าอีกด้วย จะเห็นได้ว่า เจตนาของเจ้าของสวนป่า (รวมถึงผู้ยื่นคำขอรับโอนทะเบียนสวนป่า) ที่ขึ้นทะเบียนสวนป่าของตนต้องการการปลูกไม้สวนป่าลงในที่ดินชั่วคราวหนึ่งระยะเวลาใดเท่านั้น ซึ่งผู้ศึกษาวิจัยเห็นว่าช่วงระยะเวลานั้นๆ อาจจะสั้นหรือยาวก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าเป็นไม้ที่มีอายุตัดฟันสั้น อายุการตัดฟันปานกลาง หรือไม้ที่มีอายุการตัดฟันยาวก็ตาม เพราะมุ่งพิจารณาเจตนาของเจ้าของสวนป่าผู้ปลูกต้นไม้เหล่านั้นเป็นสำคัญ

ผลในทางภาระภาษีการรับมรดกจะทำให้การคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินมรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจจะต้องคำนวณโดยแยกที่ดินสวนป่ากับต้นไม้ในสวนป่านั้น แม้ว่าจะมีการแยกคำนวณมูลค่าสวนป่าเศรษฐกิจดังกล่าว แต่ไม้เศรษฐกิจอันเป็นไม้ยืนต้นเหล่านั้นล้วนเป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วยตัวของมันเองจึง “ต้นไม้” สวนป่าเศรษฐกิจเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเป็นทรัพย์สินอันเข้าลักษณะที่ตกอยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 เนื่องจากต้นไม้ที่ขึ้นอยู่ในสวนป่าเศรษฐกิจทั้งหมด 58 ชนิดเป็น “ไม้ยืนต้น” ที่ถือเป็นทรัพย์สินที่เกิดหรือติดกับที่ดินโดยธรรมชาติอันมีลักษณะติดตรึงตราแน่นหนาอยู่กับที่ดินเป็นการถาวร จึงนับได้ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มูลค่าของสวนป่าและมูลค่าของต้นไม้เศรษฐกิจที่อยู่ในสวนป่าทั้งหมด อาจต่างคนต่างคำนวณหรืออาจคำนวณโดยเอามูลค่าของทั้งสองอย่างมารวมกัน ผลลัพธ์ที่คำนวณได้จะเท่ากัน ซึ่งอาจมีมูลค่าเกินกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด (เกินกว่า 100 ล้านบาท) ก็ได้ ในขณะที่การคำนวณมูลค่าของสวนป่าโดยการแยกคำนวณ สำหรับภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

อาจทำให้เกิดภาระภาษีเงินได้แก่ผู้รับให้ถ้ามูลค่ารวมของที่ดินสวนป่าและต้นไม้สวนป่ามีผลลัพธ์ที่มีมูลค่าเกินกว่า 20 ล้านบาทหรือ 10 ล้านบาท แล้วแต่กรณีอีกด้วย

2. ประการที่สอง เมื่อสวนป่าเศรษฐกิจอันเป็นทรัพย์สินมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทของเจ้าของสวนป่าเศรษฐกิจทันทีที่เจ้ามรดกตายไม่ว่าจะได้รับมาในคราวเดียวหรือหลายคราว ส่วนในกรณีที่เจ้าของสวนป่าได้ยกทรัพย์สินอันเป็นสวนป่าให้แก่ทายาทของตนหรือผู้รับให้ในขณะที่ตนยังมีชีวิตทายาทหรือผู้รับให้สวนป่าจำต้องเสียภาษีการรับให้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีการรับมรดกอีกด้วย โดยอาศัยการโอนให้โดยเสนหาที่ทำในขณะที่เจ้ามรดกยังมีชีวิตอยู่

จากผลการศึกษาพบว่ากฎหมายภาษีการรับมรดกและการรับให้ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษีที่สอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยระบบภาษีอากรที่ดี หรือแม้แต่ทฤษฎีว่าด้วยภาษีมรดกที่ดี รวมทั้งมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับความหมายและมาตรการบรรเทาภาระภาษีที่ถูกต้อง ในกรณีภาษีการรับให้กฎหมายก็มิได้มีการบัญญัติแยกการจัดเก็บภาษีการรับให้เป็นกฎหมายเฉพาะ แต่จะนำกฎหมายภาษีการรับให้ไปแฝงตัวอยู่ในภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา โดยกำหนดให้การได้รับสวนป่าเศรษฐกิจเป็นการได้รับเงินได้พึงประเมินที่ได้รับการขอยกเว้นภาษี ตามมาตรา 42 ตามประมวลรัษฎากรแทน ถ้าได้รับเงินได้พึงประเมินดังกล่าวเกินว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดผู้รับให้จึงจะมีภาระภาษีกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนของความหมายและฐานภาษีอันเป็นสาระสำคัญของภาษีการรับให้เพราะภาษีเงินได้เป็นภาษีที่เก็บจากฐานเงินได้ แต่ภาษีการรับให้เก็บจากฐานความมั่งคั่งซึ่งมูลเหตุที่ใช้ในการเก็บภาษีทั้งสองประเภทนี้ต่างกันโดยสิ้นเชิง จึงไม่ควรนำมาปะปนกันแม้ว่าจะให้ผลเหมือนกันก็ตาม นอกจากนี้ ยังพบว่ามาตรการบรรเทาภาระภาษีที่กฎหมายกำหนดในปัจจุบันยังมีความไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม (Canon of Equity) และหลักความสามารถ (Ability-to-pay principle) ซึ่งหลักความสามารถนับว่าเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญในการจัดเก็บภาษี

3. ประการที่สาม สวนป่าเศรษฐกิจมักประกอบไปด้วยไม้ประเภทต่างๆ ที่มีอายุการตัดฟันซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลาในการรอเพื่อให้ต้นไม้โตพอที่จะสามารถตัดฟันเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าได้ไม่ว่าจะเป็นไม้ที่มีอายุตัดฟันสั้นหรือไม้ที่มีอายุการตัดฟันยาวซึ่งอาจแบ่งไม้ในสวนป่าเศรษฐกิจออกได้สามประเภท คือ ไม้โตเร็วที่มีอายุการตัดฟันสั้นมีเส้นรอบวงที่ระดับอกวัดได้ 100 เซนติเมตร เมื่ออายุไม่เกิน 15 ปี และมีอายุการตัดฟันไม่เกิน 10 ปี เช่น ไม้ยูคาลิปตัส ไม้เพาโลว์เนีย หรือไม้ที่มีอายุการตัดฟันปานกลาง มีอายุการตัดฟัน 10-30 ปี เช่น ไม้ยางพารา ไม้สนเขา หรือไม้ที่มีอายุการตัดฟันยาว มีอายุการตัดฟันตั้งแต่ 30 ปี ขึ้นไป เช่น ไม้สัก ไม้ประดู่²² เช่นนี้ ส่งผลให้ทายาทผู้รับมรดก

²² บุญวงศ์ ไทยอุดมทรัพย์, เรื่องเดิม.

และผู้รับให้ไม่อาจได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากธุรกิจการทำฟาร์มป่าไม้หรือเงินจากการขายไม้เพียงพอต่อการชำระภาษีในเวลาที่ถูกหมายกำหนด ณ เวลานั้นอาจจะส่งผลให้ทายาทหรือผู้รับการให้ดังกล่าวจำเป็นต้องขายสวนป่าที่ได้รับมาก่อนเวลาอันควร แล้วแต่กรณี

จากผลการศึกษาพบว่า กรณีที่ไม่มีการกำหนดมาตรการทางภาษีที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือของรัฐที่ดีในการสนองนโยบายภาษีของรัฐได้อย่างเหมาะสมเนื่องจากกฎหมายภาษีกองมรดกและการรับให้ตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้ มิได้กำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษีในกรณีที่มีการรับให้หรือรับส่วนแบ่งมรดกอันเป็นสวนป่าเศรษฐกิจไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง มาตรการที่ช่วยบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกเป็นแค่เพียงการยกเว้นภาษีโดยพิจารณาที่ตัวบุคคลผู้เสียภาษีบางลักษณะเพื่อสนองนโยบายบางประการของรัฐเป็นสำคัญ มากกว่าจะเป็นการยกเว้นภาษีโดยพิจารณาที่ประเภทหรือชนิดของทรัพย์สินมรดกของผู้ตายโดยทั่วไป ซึ่งมาตรการยกเว้นภาษีที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ในการช่วยลดภาระภาษีการรับมรดกในกรณีทายาทผู้รับมรดกได้รับทรัพย์สินมรดกที่เป็นสวนป่าทางเศรษฐกิจมา อย่างไรก็ตาม มาตรการบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกอีกลักษณะหนึ่งที่พอจะมีในกฎหมายภาษีการรับมรดกของประเทศไทย ก็คือ การยกเว้นภาษีการรับมรดกโดยกำหนดจำนวนหรือมูลค่าขั้นต่ำของกองมรดกที่ได้รับการยกเว้นภาษี (Threshold amount of tax exemption) ไว้ไม่เกิน 100 ล้านบาท ในขณะที่ภาษีการรับให้กำหนดไว้ไม่เกิน 20 ล้านบาท หรือ 10 ล้านบาท แล้วแต่กรณี พบว่ามาตรการบรรเทาภาระภาษีที่เป็นการยกเว้นทั้งสองลักษณะดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ใดๆ อันเป็นผลต่อการช่วยบรรเทาภาระภาษีของทายาทผู้รับมรดกหรือผู้รับให้ที่ได้รับทรัพย์สินมรดกหรือทรัพย์สินที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากแม้จะมีผลทำให้สวนป่าเศรษฐกิจที่มีมูลค่าต่ำกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำไม่อยู่ในบังคับให้ต้องเสียภาษีก็เป็นแค่เวลาในขณะที่เจ้ามรดกตายหรือในขณะที่ทำการให้สวนป่าเศรษฐกิจเท่านั้น ซึ่งมูลค่าของไม้เศรษฐกิจพร้อมทั้งที่ดินที่ไม้ขึ้นขึ้นอยู่ยังมีราคาไม่สูงมากนัก แต่เมื่อเวลาผ่านไปในอนาคตมูลค่าของไม้เศรษฐกิจพร้อมที่ดินที่ไม้ขึ้นขึ้นอยู่ย่อมมีราคาสูงขึ้นไปอีก เช่น ไม้สักหรือไม้ประดู่ที่มีอายุการตัดฟันตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป เช่นนี้เกณฑ์ขั้นต่ำดังกล่าวอาจจะไม่เป็นประโยชน์กับทายาทหรือผู้รับให้สวนป่าเศรษฐกิจอีกต่อไป

4. ประการที่สี่ ประเด็นปัญหามีว่าอาจก่อให้เกิดภาระภาษีการรับมรดกและภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของทายาทผู้รับมรดกและผู้มีเงินได้พึงประเมินอันเนื่องมาจากการรับให้สวนป่าเศรษฐกิจมาโดยเสนหา โดยมีมูลค่ามากจนเกินสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรายที่เป็นทายาทหรือผู้รับให้ไม่มีเงินหรือเป็นผู้ที่มีแต่ที่ดินจำนวนมากแต่ไม่มีเงินสดเพียงพอที่จะเสียภาษีเนื่องจากไม่จำเป็นต้องไปว่าค่านที่เป็นเจ้าของที่ดินแปลงใหญ่ๆ หรือมีที่ดินหลายแปลงรวมกันจำนวนมากแล้วจะต้องเป็นคนที่มีเงินเก็บ ในอนาคตมากตามไปด้วย บุคคลเหล่านี้มักถูกเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า “Land poor”

หรือ “*Land-rich but cash-poor*”²³ ซึ่งบุคคลประเภทนี้นับว่ามีเป็นจำนวนมากในแถบชนเมืองใหญ่ๆ ที่มีราคาประเมินที่ดินสูงๆ สืบเนื่องจากประเด็นดังกล่าวพบว่าพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 และ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 ก็มีได้มีบทบัญญัติใดๆ ที่กำหนดเพื่อช่วยบรรเทาภาระภาษีการรับมรดกและเงินได้บุคคลธรรมดาให้แก่ทายาทแต่ละคนของเจ้ามรดกหรือผู้มีเงินได้พึงประเมินจากการได้รับสว่นป่าเศรษฐกิจแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดยกเว้นภาษี การขยายระยะเวลาในการเสียภาษีออกไป การกำหนดกฎเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสว่นป่าเศรษฐกิจไว้โดยเฉพาะเจาะจง เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า ในประเด็นของการบรรเทาภาระภาษีสำหรับสว่นป่าเศรษฐกิจนั้น สิ่งที่สำคัญที่สุดในการแก้ปัญหา คือ เรื่องของระยะเวลาในการเสียภาษี เพราะเมื่อพิจารณาความสามารถให้จ่ายภาษีตามหลักความเป็นธรรม (Canon of Equity) แล้ว ระบบการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีนั้นจะต้องมีความเป็นธรรม มีความเป็นธรรมทั้งในการจัดเก็บภาษี (Tax administrations) และในการเสียภาษี (Tax compliances) กล่าวคือ ระบบภาษีที่ดีนั้น ต้องเป็นภาษีอากรที่จัดเก็บตามกำลังความสามารถของผู้เสียภาษี หรือตามผลประโยชน์ที่ผู้เสียภาษีได้รับจากบริการของรัฐ ดังนั้น ทายาทผู้เสียภาษีมีความสามารถในการเสียภาษีการรับมรดกสำหรับการได้รับโอนสว่นป่าโดยทางมรดก แต่ ณ เวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายนั้น เขายังไม่มีความสามารถที่จะเสียภาษีได้ เนื่องจากทายาทผู้ได้รับสว่นป่ายังมิได้ตัดฟันหรือโค่นต้นไม้หรือป่าไม้ซึ่งเป็นไม้เศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูงใดๆ เพื่อเอาไปขาย ทายาทจึงยังไม่มีกำลังทรัพย์ (เงินสด) มากพอที่จะสามารถรับภาระภาษี ณ เวลานั้นได้ ถ้ากฎหมายอนุญาตให้ทายาทสามารถที่จะรอเวลาเพื่อให้ต้นไม้หรือป่าไม้ดังกล่าวโตเต็มวัยอันมีผลทำให้มีมูลค่าเพิ่มขึ้น ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อทายาทผู้เสียภาษีมากขึ้นตามลำดับ อีกทั้งยังสอดคล้องต่อหลักความสามารถ (Ability-to-pay principle) กล่าวคือ ประชาชนจะเสียภาษีตามความสามารถในการจ่ายเงินซึ่งหลักความสามารถนับว่าเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญที่นำมาใช้กับระบบภาษีทั่วโลก เพื่อให้เกิตรบบภาษีที่ดีและเป็นธรรมมากที่สุด เมื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับกรณีสว่นป่าเศรษฐกิจของทั้งสามประเทศแล้วพบว่า มาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับสว่นป่าเศรษฐกิจของประเทศสหราชอาณาจักรนั้นนับว่าเหมาะสมและใกล้เคียงที่สุด เนื่องจากการให้สิทธิในการผ่อนระยะเวลาในการชำระภาษีจากการถือครองสว่นป่าเศรษฐกิจในกรณีทั่วไป (Deferral relief for the standard investment holding) ซึ่งสามารถเลื่อนเวลาในการชำระภาษีออกไปได้

²³Christopher Collins, *Despite GOP Claims, an Estate Tax Repeal Won't Help 99 Percent of Farmers: The estate tax is levied on few farmers and ranchers, but Republicans still are pushing for its repeal* [Online], available URL: <https://www.texasobserver.org/despite-gop-claims-estate-tax-repeal-wont-help-99-percent-farmers/>, 2018 (September, 10).

จนกระทั่งได้มีการโอนขายสวนป่าฯ นั้น อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้จะมีผลใช้บังคับเฉพาะกับต้นไม้ และพุ่มไม้บนที่ดินของผู้เป็นเจ้าของที่ดินนั้น ไม่รวมถึงที่ดินที่ต้นไม้หรือพุ่มไม้ที่นั้นๆ อยู่ด้วย

5. ประการสุดท้าย ประเด็นปัญหามีว่านอกจากมาตรการบรรเทาภาระภาษีการรับมรดก และภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 40) พ.ศ.2558 ทั้งสองฉบับยังกำหนด มาตรการทางกฎหมายอื่นใดหรือไม่ ที่แม้จะมีใช้มาตรการบรรเทาภาระภาษีโดยตรง แต่สามารถ นำมาใช้เป็นประโยชน์ต่อทายาทหรือผู้รับให้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ในกรณีของภาษีการรับมรดกนั้น กฎหมายได้กำหนดมาตรการที่แม้จะมีได้อยู่ในรูปแบบของมาตรการบรรเทาภาระภาษีโดยตรง แต่ก็นับว่าเป็นมาตรการที่อาจจะเป็นประโยชน์ต่อทายาทที่ได้รับมรดกที่เป็นสวนป่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ไม่มากนักน้อย ซึ่งก็คือมาตรการเพื่อแบ่งการชำระภาษีเป็นงวดๆ (การผ่อนชำระภาษี) หรือที่เรียกว่า “Tax Installment” กฎหมายอนุญาตให้ทายาทผู้เสียภาษีสามารถผ่อนชำระภาษีการรับมรดกที่จะต้องเสียได้อีกด้วยโดยมีระยะเวลาในการผ่อนชำระสูงสุดไม่เกิน 5 ปี ในกรณีผู้เสียภาษีขอผ่อนชำระภาษีครบถ้วนภายในระยะเวลา 2 ปี ผู้เสียภาษีจะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียเงินเพิ่ม แต่ถ้าผู้เสียภาษีผ่อนชำระภาษี ขอผ่อนชำระภาษีเงินครบถ้วนเกิน 2 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี ให้เสียเงินเพิ่มบางส่วน (ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา) ตามมาตรา 23 พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558

กรณีตามปัญหาจะเห็นว่า มาตรการเพื่อแบ่งชำระภาษีเป็นงวดๆ (Tax Installment) นั้น แม้เป็นมาตรการที่อาจนำมาใช้เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียภาษีได้ แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อทายาทผู้เสียภาษีการรับมรดกเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับผู้เสียภาษีที่เป็นผู้รับให้ในกรณีภาษีการรับให้ได้อีกทั้ง อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ได้จริงกับผู้เสียภาษีในทางปฏิบัติเมื่อนำมาใช้กับกรณีที่ยาทาทได้รับมรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจมาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เนื่องจากแม้กฎหมายจะอนุญาตให้ทายาทผู้เสียภาษีการรับมรดกสามารถใช้สิทธิผ่อนชำระภาษีโดยการทอดเวลาออกไปอีกโดยแบ่งชำระเป็นงวดๆ ภายในระยะเวลาไม่เกิน 5 ปีก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติที่ทายาทผู้เสียภาษีอาจจะต้องรอเวลาให้ไม้เศรษฐกิจประเภทต่างๆ ถึงอายุที่เหมาะสมในการตัดฟันเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าจากการทำฟาร์มไม้เศรษฐกิจ ทายาทผู้เสียภาษีจำเป็นต้องรอระยะเวลาให้ไม้เหล่านั้นมีอายุพอแก่การตัดฟันเสียก่อนไม่ว่าจะเป็นไม้ที่มีอายุตัดฟันปานกลาง เช่น ไม้ยางพาราหรือไม้สนเขาจะมีอายุการตัดฟัน 10 ถึง 15 ปีขึ้นไป หรือเป็นไม้ที่มีอายุตัดฟันยาว เช่น ไม้สักหรือไม้ประดู่จะมีอายุตัดฟันตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป ยิ่งถ้ารอให้ระยะเวลาทอดยาวไป นานขึ้นไปเท่าไรก็ยิ่งทำให้คุณภาพของไม้เหล่านั้นมีมากขึ้น ก็ยิ่งทำให้ราคาตลาดของไม้เหล่านั้นสูงขึ้นตามไปด้วยตามจำนวนปีหรือเส้นรอบวงของไม้ที่กว้างขึ้นๆ ไปเรื่อยๆ เช่นกัน ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดให้ทายาทผู้เสียภาษีคนใดสามารถใช้สิทธิในการผ่อนชำระภาษี โดยมีระยะเวลาในการผ่อนชำระสูงสุดเพียงแค่นี้ไม่เกิน 5 ปีเท่านั้น นับว่าเป็น

การให้เวลานี้น้อยเกินไปไม่สมเหตุผลแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าไม้เศรษฐกิจเหล่านั้นเป็นไม้ที่มีอายุตัดฟันปานกลางหรืออายุตัดฟันยาว ระยะเวลาเพียง 5 ปีนั้นว่าน้อยมากเมื่อเทียบกับระยะเวลาที่ต้องรอเพื่อให้ไม้เศรษฐกิจเหล่านั้นมีอายุที่เหมาะสมหรือมีความกว้างของเส้นผ่าศูนย์กลางยาวพอที่จะตัดฟันเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ เว้นแต่ไม้เหล่านั้นมีอายุถึงเกณฑ์อยู่แล้ว หรือใกล้จะถึงเวลาตัดฟันในขณะที่เจ้าของสวนป่าเศรษฐกิจเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้ศึกษาวิจัยขอเสนอแนะวิธีแก้ปัญหาโดยการแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 กรณีปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับกรณีการได้รับมรดกหรือรับให้สวนป่าเศรษฐกิจในกฎหมายไทย และปัญหาการกำหนดรูปแบบมาตรการบรรเทาภาระภาษีของมรดกและการรับให้สำหรับสวนป่าเศรษฐกิจนั้น ผู้ศึกษาขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 โดยเพิ่มเติมเป็นมาตรา 14/1 และ 14/2 เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี กฎหมายต้องกำหนดมูลค่าบางส่วนของกองมรดกซึ่งมีต้นไม้และพุ่มไม้ขึ้นอยู่กับของบุคคลใดๆ ณ เวลาที่ตาย และบุคคลดังกล่าวมีสิทธิใช้ประโยชน์จากที่ดินเป็นระยะเวลารวมกันไม่น้อยกว่า 5 ปีขึ้นไปก่อนบุคคลนั้นเสียชีวิตลงหรือบุคคลนั้นได้มีสิทธิใช้ประโยชน์อื่นใดที่มีได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือสิ่งนี้อาจคิดคำนวณได้เป็นเงิน

ในกรณีที่บุคคลใดมีความรับผิดชอบในการเสียภาษีทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมูลค่าของต้นไม้ และพุ่มไม้ต่างๆ ได้รับการยกเว้นภาษีไม่ต้องนำมารวมคำนวณภาษีในการพิจารณามูลค่าที่โอน ณ เวลาที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายแต่ต้องเก็บภาษีโดยพฤติการณ์ต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วตามมาตรา 14/2 ต่อไป นอกจากนี้การใช้มาตรการบรรเทาภาระภาษีต้องมีการจัดแจงโดยทำเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรของกรมสรรพากรภายในระยะเวลาที่เห็นสมควรนับแต่วันที่ตาย หรือนานกว่าตามที่คณะกรรมการเห็นสมควรอนุญาต อย่างไรก็ตาม กฎหมายควรจะได้วางองค์ประกอบหรือเงื่อนไขสำหรับการบรรเทาภาระภาษีโดยการให้สิทธิในการผ่อนระยะเวลาในการชำระภาษีจากการได้รับสวนป่าเศรษฐกิจในกรณีทั่วไปไว้ โดยการเพิ่มเติมเป็นมาตรา 14/2 ของพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 โดยวางเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นสวนป่าที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น และจะต้องเป็นสวนป่าเศรษฐกิจตามที่กฎหมายกำหนดยกเว้นตามมาตรา 14/1 ของพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ.2558 ทั้งนี้ ให้เป็นดุลยพินิจของเจ้าพนักงานประเมินค่าทรัพย์สินในเขตท้องที่ที่ทรัพย์สินนั้นๆ ตั้งอยู่ และเจ้ามรดกผู้ตายจะต้องถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นที่ตั้งของสวนป่าเศรษฐกิจนั้นเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดจนถึงเวลาที่เจ้ามรดกผู้นั้นตาย หรือได้รับที่ดินสวนป่ามาด้วยเหตุอื่นใดที่มีใช้การได้มาทางมรดกหรือการให้โดยเสนหาเท่านั้น ทั้งนี้ การยื่นคำขอเพื่อบรรเทาภาระภาษีต้องทำเป็นหนังสือต่อกรมสรรพากรหรือสำนักงานสรรพากรท้องที่ เป็นต้น

แนวทางแก้ไขกฎหมายสำหรับปัญหาการกำหนดอัตราภาษีและเกณฑ์ขั้นต่ำของมูลค่าหรือทรัพย์สินมรดกส่วนแบ่งหรือทรัพย์สินที่รับให้ ผู้ศึกษาวิจัยขอเสนอให้เพิ่มเติมมาตราโดยเพิ่มเป็นมาตรา 16/1 ต่อจากมาตรา 16 เพื่อกำหนดอัตราภาษีที่ต้องเสียภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 14/2 ข้างต้น ให้คำนวณจากจำนวนที่กฎหมายกำหนดจำต้องเสียภาษีในอัตราภาษีหรืออัตราภาษีต่างๆ ที่กำหนดให้เสียภาษีอันเนื่องมาจากการตาย ดังที่ได้กล่าวมาในมาตรา 14/1 ถ้าเป็นจำนวนที่เคยเสียภาษีภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 14/2 ที่สืบเนื่องมาจากการตายที่รวมคำนวณอยู่ในมูลค่าการโอนโดยทางมรดก

แนวทางแก้ไขกฎหมายสำหรับปัญหาการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการผ่อนชำระภาษีการรับมรดกเป็นงวดๆ (Tax Installment) ผู้ศึกษาวิจัยขอเสนอให้เพิ่มเติมมาตราโดยเพิ่มวรรคสองของมาตรา 23 ขึ้นมา สำหรับกรณีการรับมรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจประเภทที่อายุตัดฟันปานกลางและอายุตัดฟันยาว โดยกำหนดให้ทายาทผู้เสียภาษีสามารถขอขยายระยะเวลาในการใช้สิทธิผ่อนชำระภาษีการรับมรดกออกไปได้สูงสุดถึง 30 ปีนับแต่วันที่เจ้ามรดกเจ้าของสวนป่าเริ่มปลูกไม้เศรษฐกิจนั้นๆ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้อธิบดีกรมสรรพากรมีอำนาจสั่งอนุญาตพร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาที่เห็นสมควรเป็นกรณีๆ ไป หรือไม่อนุญาตสุดแต่จะเห็นสมควร

อาจกล่าวได้โดยสรุปว่า เมื่อศึกษากฎหมายภาษีกองมรดกและการให้ของกฎหมายต่างประเทศพบว่ามาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับผู้รับให้ทรัพย์สินหรือทายาทผู้รับทรัพย์สินมรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจมาจากการให้โดยเสน่หาในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ หรือโดยทางมรดกในกฎหมายภาษีการรับมรดกของประเทศไทยเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายภาษีกองมรดกและภาษีการให้ของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ก็ได้กำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับกองมรดกหรือทรัพย์สินที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจเช่นเดียวกันกับประเทศไทย ในขณะที่ประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์และประเทศสหราชอาณาจักรมีการกำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับผู้รับให้ทรัพย์สินหรือทายาทผู้รับทรัพย์สินมรดกที่เป็นสวนป่าเศรษฐกิจมาจากการให้โดยเสน่หาในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ หรือโดยทางมรดกไว้ทั้งคู่ แต่กรณีกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์จะไม่กำหนดเจาะจงสำหรับสวนป่าเศรษฐกิจเพราะมองว่าเป็นทรัพย์สินทางการเกษตรประเภทหนึ่งเท่านั้น แต่สำหรับกรณีของประเทศสหราชอาณาจักรจะกำหนดมาตรการที่เฉพาะเจาะจงมากกว่าเป็นมาตรการที่ใช้สำหรับการรับมรดกและการรับให้สวนป่าเศรษฐกิจเป็นการทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการให้สิทธิแก่ทายาทผู้เสียภาษีให้สามารถขอผ่อนเวลาในการเสียภาษีได้ นับว่ามีความเหมาะสมที่สุดกับธรรมชาติของสวนป่าและไม้เศรษฐกิจซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องของการระยะเวลาเพื่อให้ไม้เศรษฐกิจเหล่านั้นมีอายุที่เหมาะสมหรือมีความกว้างของเส้นผ่าศูนย์กลางยาวพอที่จะการตัดฟันเพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ต่อไป

การกำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับกรณีการรับมรดกหรือการรับให้สวนป่าเศรษฐกิจ (Woodland Relief) ในกรณีของประเทศไทยนั้น แม้ว่ามาตรการดังกล่าวอาจดูเหมือนยังไม่เป็นความสำคัญเร่งด่วนในปัจจุบันก็ตาม เนื่องจากเหตุผลที่ว่ามูลค่าของที่ดินสวนป่าส่วนใหญ่ มักตั้งอยู่ในพื้นที่ที่ดินราคาไม่สูงมากนัก ทั้งการที่จะรวมมูลค่าของไม้เศรษฐกิจนั้นให้เติบโตจนพอที่จะตัดฟันได้นั้นอาจจะต้องใช้เวลานาน อีกทั้งการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของมูลค่าทรัพย์สินมรดกหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการรับให้อันพึงต้องนำมาเสียภาษีนั้น กฎหมายได้กำหนดไว้ค่อนข้างสูง (ส่วนที่เกิน 100 ล้านบาท กรณีทรัพย์สินแบ่งมรดกที่ทายาทได้รับที่จะต้องเสียภาษีการรับมรดก หรือส่วนที่เกิน 10 หรือ 20 ล้านบาท กรณีทรัพย์สินที่ได้มาจากการรับให้ที่จะต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา แล้วแต่กรณี) อย่างไรก็ตาม มาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับสวนป่าเศรษฐกิจมีแนวโน้มที่จะเป็นสิ่งที่จำเป็นในอนาคต เนื่องจากราคาที่ดินในปัจจุบันมีอัตราสูงขึ้นทุกๆ ปี แบบก้าวกระโดด โดยเฉพาะในเขตเมืองหรือชานเมืองใหญ่ๆ ทำให้มูลค่าของที่ดินสวนป่าเมื่อรวมกับไม้เศรษฐกิจแล้วมีราคาสูงมากได้ ในอนาคต อีกทั้งพื้นที่ป่าของประเทศไทยก็มีแนวโน้มลดลงทุกวัน ทั้งยังมีการลักลอบตัดไม้ทำลายป่าทำให้เกิดภาวะขาดแคลนไม้ที่ใช้เพื่อการก่อสร้างหรือการพาณิชย์อย่างสำคัญ และนอกจากนี้การทำฟาร์มสวนป่าเศรษฐกิจสามารถทำหน้าที่สวนป่านุรักษ์ไปพร้อมๆ กันได้อีกด้วย

บรรณานุกรม

- กัมปนาท บุญรอด. “สารพันปัญหาค่าลดหย่อน.” **สรรพากรสาส์น** 58, 1 (2554).
- กรมป่าไม้, **นโยบายป่าไม้แห่งชาติ** [Online]. Available URL: https://www.forest.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=304&Itemid=413, 2561 (มิถุนายน, 25).
- กรมอุทยานแห่งชาติ. **นโยบายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการลุ่มน้ำที่สำคัญ: นโยบายป่าไม้แห่งชาติในส่วนที่เกี่ยวกับงานจัดการต้นน้ำที่สำคัญ** [Online]. Available URL: <http://www.dnp.go.th/watershed/policy1.htm>, 2561 (มิถุนายน, 25).
- จุฑามาศ นิศาตร์น. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.
- บัญญัติ สุขีวะ. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง ประเทศไทย, 2550.
- บัณฑิต ศิริรักษ์โสภณ. “การเมืองเรื่องป่าชุมชน: ปัญหาเชิงนโยบายและระบบกรรมสิทธิ์ร่วมในสังคมไทย.” **วารสารธรรมศาสตร์** 37, 2 (2561).
- บุญวงศ์ ไทยอุดสำห. **พาโลว์เนีย: ไม่เศรษฐกิจปลูกแล้วรวยจริงหรือ?**. เอกสารประกอบการบรรยายในการประชุมสัมมนา เรื่อง ไม่เศรษฐกิจ ยมหอม ยูคา พาโลว์เนีย ปลูกแล้วรวยจริงหรือ?, ชมรมสื่อมวลชนเกษตรแห่งประเทศไทย, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ [Online]. Available URL: <http://silvic.forest.ku.ac.th/Re.Boongvong2.htm>, 2561 (กันยายน, 10).
- มติชนออนไลน์. **ภาครัฐส่งเสริม ‘บ้านปางมะโอ’ ปลูกไม้สักกว่า 20 ปี เกษตรกรขอตัดจำหน่ายรัฐไม่อนุญาต!** [Online]. Available URL: https://www.matichon.co.th/region/news_837053, 2561 (กันยายน, 5).
- มณฑล จำเริญพฤกษ์. **ฟาร์มไม้ป่าหนทางเพิ่มไม้เศรษฐกิจ** [Online]. Available URL: http://lookforest.com/00_newlook/article_person.php?id_send=430, 2561 (กันยายน, 10).
- ยุทธนา ศรีสวัสดิ์. “ภาษีมรดกกับช่องโหว่ที่ไม่ควรมองข้าม.” **วารสารมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ** 6 (2558).
- ศรียา เจริญพานิช. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. **คำอธิบายทฤษฎีและหลักกฎหมายภาษีอากร**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- สำนักส่งเสริมการปลูกป่า กรมป่าไม้. **การสำรวจข้อมูลโดยสวนปลูกป่าภาคเอกชน** [Online]. Available URL: http://www.forest.go.th/wood_value/index.htm, 2561 (กันยายน, 10).

- สำนักข่าวอิศรา. **ความเห็นผู้ปลุกสว่นป่าต่อร่าง พ.ร.บ.สว่นป่า ฉบับแก้ไข** [Online]. Available URL: <https://www.isranews.org/thaireform-data-environment/34690-thaireform12343222.html>, 2561 (มิถุนายน, 25).
- Apperton, Clay B. “Testimony of Joseph M. Dodge: Stearns Weaver Miller Weissler Alhadeff and Stitterson before Committee on Finance U.S. Senate March 12, 2008.” **Estate and Gift Taxes**. New York: Nova Science Publishers, Inc., 2008.
- Beckert, Jens. **Inherited Wealth**. Oxford: Princeton University Press, 2008.
- Boadway, Robin and others. “Taxation of Wealth and Wealth Transfers.” In **Stuart Adam and others (eds), Dimensions of Tax Design: The Mirrlees Review**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Collins, Christopher. **Despite GOP Claims, an Estate Tax Repeal Won’t Help 99 Percent of Farmers: The estate tax is levied on few farmers and ranchers, but Republicans still are pushing for its repeal** [Online]. Available URL: <https://www.texasobserver.org/despite-gop-claims-estate-tax-repeal-wont-help-99-percent-farmers/>, 2018 (September, 10).
- Cremer, Helmuth and PestieauPestieau. “Wealth and wealth transfer taxation: a survey.” In Emilio Albi and Jorge Martinez-Vazquez (ed), **The Elgar Guide to Tax Systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Gale, William G., James R. Hines and Joel Slemrod. **Rethinking Estate and Gift Taxation**. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2001.
- Kravec, Maroš. “Should net wealth and property taxation be introduced in the United Kingdom?.” Master’s Thesis, Lund University 2013.
- McLaughlin, Mark. Iris Wunschmann-Lyall and Chris Erwood. **Inheritance Tax 2014/15**. Sussex: Bloomsbury Professional Ltd., 2004.
- Miller, Robert K. and Stephen J. McNamee (ed). **Inheritance and Wealth in America**. New York: Plenum Press, 1998.
- Rudnick, Rebacca S. and Richard K. Gordon. “Taxation of Wealth.” In Victor Thuronyi (ed.). **Tax Law Design and Drafting**. Washington: International Monetary Fund Publication Services, 2000.

Shaw, Jonathan., Joel Slemrod and John Whiting. “Administration and Compliance.”
In Stuart Adam and others (eds). **Dimensions of Tax Design: The Mirrlees
Review**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Tasmania, Forestry. “Lowland dry eucalypt forests.” **Native Forest Silviculture
Technical Bulletin 3** (2009).

Vermeend, Willem., Rick van der Ploeg and Jan Willem Timmer. **Taxes and the
Economy: A Survey of the Impact of Taxes on Growth, Employment,
Investment, Consumption and the Environment**. London: Edward Elgar
Publishing Limited, 2008.

ปัญหาการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของ
ประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน
เพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์พัชรดา เอื้อวรรณกิจ

ปัญหาการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของ
ประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร^{*}
Problems Caused by the Use of Juristic Companies in the Members of
ASEAN Economic Community (AEC) as to Qualify Tax Benefits

ผู้ช่วยศาสตราจารย์พัชรดา เอื้อวรรณกิจ^{**}

Assistant Professor Patcharada Auwannakit

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาปัญหาที่เกิดจากการสูญเสียรายได้จากการจัดเก็บภาษีจากนิติบุคคลอื่นเนื่องมาจากการรวมกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) โดยมุ่งเน้นไปที่ประเด็นสำคัญหลายอย่าง เช่น การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) การก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) แบบพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ข้อตกลงในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสมาชิกในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และการวางแผนภาษีในกรณีต่างๆ

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

This article is a part of research title “Problems Caused by the Use of Juristic Companies in the Members of ASEAN Economic Community (AEC) as to Qualify Tax Benefits.” This research is funding by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ท.บ. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา, น.ม. สาขากฎหมายภาษีอากร มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: ajarpatcharada@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in Taxation at Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 23 สิงหาคม 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 กันยายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 20 กันยายน 2561.

วิธีการวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสารโดยมุ่งหมายเพื่อแก้ปัญหาจากการที่ประเทศไทยต้องสูญเสียรายได้จากการจัดเก็บภาษีอากร เนื่องจากการก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ผลจากการวิจัยพบว่าการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ดึงดูดนักลงทุนต่างชาติที่นอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยเพื่อสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร โดยนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนนั้นใช้การก่อตั้งนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จากนั้นจึงเข้ามาถือหุ้นหรือประกอบกิจการในประเทศไทยจากการจัดตั้งนิติบุคคลในลักษณะนั้นช่วยให้นักลงทุนต่างชาติสามารถควบคุมการจัดการนิติบุคคลของตนได้ทั้งหมดเสมือนการถือหุ้นในอัตราร้อยละ 100 จึงทำให้ธุรกิจดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดสามารถบริหารจัดการได้เสมือนนิติบุคคลในประเทศนั้นๆ ดังนั้นจึงสามารถได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี และนิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางยังดำเนินการวางแผนภาษีโดยนำเอาวิธีการตั้งทุนต่ำ การกำหนดราคาโอน และการแสวงหาสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนอีกด้วย

ผู้วิจัยจึงขอเสนอให้รัฐบาลแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลและตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของนิติบุคคลต่างประเทศที่มาจากประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในประเทศไทย ติดตามและควบคุมการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีในประเทศไทย รวมถึงการแก้ไขประมวลรัษฎากรเพื่อป้องกันการวางแผนเพื่อเลี่ยงภาษีในลักษณะต่างๆ และขอเสนอให้ประเทศไทยเข้าเจรจาเพื่อแก้ไขอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเพื่อป้องกันการใช้สิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อไป

Abstract

The aim of this research is to study tax revenue leakage as a result of economic integration among AEC countries. The research focuses on several key areas such as the background of the establishment of the ASEAN Economic Community (AEC), the operating form of juristic companies and multinational corporations within AEC, regulations of AEC blueprint on taxation, provisions of international tax policy regarding double tax agreement between Thailand and other member countries of AEC and Tax Planning.

The research conducted by using documentary research method, also aims to provide solutions to the tax revenue leakage issues due to the tax benefits enjoyed by entities structured through the use of juristic companies operating from within AEC trading bloc. The results of this research found that the establishment of AEC has attracted foreign investors not originally from the member countries of AEC trading bloc, to establish corporate entities in Thailand, due to tax benefits and incentives schemes.

A conflict of interest in this research are foreign investors through nominee arrangement when investing in ASEAN member countries by registering themselves as juristic companies in Non-ASEAN countries, and then to hold shares on the limited company in Thailand. These corporate structure and formation, in accordance with the laws, could also allow these foreign investors complete control over the corporate entities, i.e. holding shares of 100 percent.

As a result, such corporate entities shall not be subjected to any business operation restriction, can have unrestrained investment activities such as trading, which could also qualified for tax benefits. These juristic companies that are operating business through nominee arrangement are doing tax planning through Thin Capitalization, Transfer Pricing and Treaty Shopping.

The researcher proposed that the government shall appoint board committee to regulate and audit business operation of foreign juristic companies from member countries of AEC in Thailand, monitor and control any potential cases of abuse of

tax benefits in Thailand. Other proposals include amending revenue code to include anti-tax avoidance rules in order to prevent aggressive tax planning schemes, and that the results also suggest that Thailand shall negotiate with another party that hold double tax treaties regarding the amendment of the limitation of benefits and the real benefiter who gain benefits under the double tax treaties. The amendment of the establishment of business operation, the definition of services and the gaining of tax benefits according to the double tax treaties shall be amended.

คำสำคัญ: อาเซียน, ตัวแทนอำพราง, อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน

Keywords: ASEAN, nominee, double tax agreements

1. บทนำ

เมื่อปี พ.ศ.2558 ประเทศในกลุ่มอาเซียนจำนวน 10 ประเทศได้แก่ ไทย พม่า มาเลเซีย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ เวียดนาม ลาว กัมพูชา และบรูไน ได้มีการรวมตัวกันเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC) เพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจและเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของอาเซียนในตลาดโลก นอกจากนี้วัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการเคลื่อนย้ายปัจจัยในการผลิตระหว่างประเทศสมาชิกทั้งในด้านการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน เงินทุน และแรงงาน รวมถึงความร่วมมือในด้านการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุนเพื่อลดอุปสรรคด้านการค้าโดยคำนึงถึงการพัฒนามาตรฐานการครองชีพและความกินดีอยู่ดีของประชาชนในประเทศ และลดช่องว่างความเหลื่อมล้ำในสังคมให้น้อยลง¹

การรวมกลุ่มเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นมีการประชุมของรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนให้มีการจัดทำแผนการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือที่เรียกกันว่า แบบพิมพ์เขียว AEC Blueprint หรือ ASEAN Economic Community Blueprint² หมายถึงพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเป็นการกำหนดแผนงานภาพรวมด้านเศรษฐกิจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายในปี พ.ศ.2558 (ค.ศ.2015)

ในการดำเนินงานตามแผนงานในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 เป็นต้นมา ส่งผลในด้านภาษีและการค้าการลงทุน โดยมีการเปลี่ยนแปลงหลายอย่าง อาทิ การยกเลิกภาษีศุลกากรขาเข้าและการอำนวยความสะดวกทางการค้า การเปิดเสรีการค้าบริการที่สูงขึ้นหรือการเปิดเสรีและอำนวยความสะดวกในการลงทุน ลดขั้นตอนและการปรับความสอดคล้องของกรอบงาน และนโยบายด้านกฎระเบียบตลาดทุนการอำนวยความสะดวกเพื่อย้ายแรงงานฝีมือ การส่งเสริมการพัฒนาตามกรอบนโยบาย การแข่งขันในระดับภูมิภาค ซึ่งวิสัยทัศน์ในปี 2015 มีความเกี่ยวเนื่องกับแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025 อันเป็นการต่อยอดจากแผนงานเดิมและเน้นหนักไปถึงสิ่งสำคัญที่ต้องดำเนินเป็นอันดับแรกคือ การดำเนินมาตรการที่ยังค้างอยู่ภายใต้แผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 ให้เสร็จสิ้นภายในปี 2559 และต่อยอดไปจนถึงแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025

¹ สำนักงานเศรษฐกิจการคลังกระทรวงการคลัง, AEC กับความท้าทายในการปรับปรุงโครงสร้างภาษี [Online], available URL: <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID, 2561> (มีนาคม, 14).

² กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, AEC Blueprint หมายถึง... [Online], available URL: http://www.asean thai.net/ewt_news.php?nid=6385&filename, 2561 (กุมภาพันธ์, 3).

ในด้านความร่วมมือด้านภาษีอากร จะเห็นได้ว่า เป็นหนึ่งในองค์ประกอบหลักที่สนับสนุนขีดความสามารถในการแข่งขันของอาเซียนโดยการจัดการกับอุปสรรคด้านการคลัง ซึ่งมีมาตรการที่อยู่ระหว่างการดำเนินการและมาตรการใหม่ที่จะดำเนินการในอนาคตด้วยคือ

1) ความพยายามร่วมกันที่จะสนับสนุนการดำเนินการเพื่อจะทำความตกลงอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนให้แล้วเสร็จและการปรับปรุงเครือข่ายความตกลงเพื่อแก้ไขปัญหาการเก็บภาษีซ้อนและการดำเนินการในการขยายขอบเขตโครงสร้างภาษีหัก ณ ที่จ่ายเท่าที่เป็นไปได้เพื่อส่งเสริมการขยายฐานนักลงทุนในตลาดตราสารหนี้ในภูมิภาคอาเซียน

2) ปรับปรุงการดำเนินงานด้านการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยสอดคล้องกับมาตรฐานสากล

3)หารือเกี่ยวกับมาตรการในการแก้ไขปัญหาการปรับรายได้ฐานภาษีและโยกย้ายกำไรเพื่อให้มั่นใจว่าจะมีสถานะทางการคลังที่ดี

4) พิจารณาความเป็นไปได้ในการนำหมายเลขประจำตัวของผู้เสียภาษีเพื่อปรับปรุงการจัดเก็บภาษีและขยายขอบเขตการติดตามการทำธุรกรรม และ

5) พิจารณาความเป็นไปได้ในการสร้างความร่วมมือในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตและแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าทั่วไปที่สามารถจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากประเทศสมาชิก

การดำเนินธุรกิจของนักลงทุนต่างชาตินั้น โดยปกติจะอยู่ในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือจัดตั้งสำนักงานสาขาในประเทศต่างๆ ขึ้น ดังนั้นการจัดตั้งธุรกิจและการประกอบธุรกิจจึงเป็นสิ่งสำคัญที่นักลงทุนจะวางแผนและหาวิธีการเพื่อขยายธุรกิจของตนโดยพิจารณาจากปัจจัยหลายๆ อย่าง อาทิ ทรัพยากรของประเทศที่จะไปลงทุนเปิดกิจการหรือสาขา แรงงานบุคคล การคมนาคมขนส่งที่สะดวก ความปลอดภัย ภาษีอากรที่จะต้องมีการะกับประเทศนั้นๆ สิทธิประโยชน์ทางด้านต่างๆ เพื่อแบ่งเบารายจ่ายและได้ผลกำไรสูงสุด เป็นต้น ดังนั้น การมีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งเอื้อประโยชน์หลายๆ ด้านดังกล่าวมานั้น จึงเปรียบเสมือนแรงดึงดูดในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกจะเข้ามาลงทุนดำเนินกิจการ โดยเห็นว่ามีสิทธิประโยชน์มากมายต่อการประกอบธุรกิจที่ตนดำเนินกิจการ ซึ่งในแต่ละประเทศของสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มีกฎหมายควบคุมการจดทะเบียนจัดตั้งหรือการเปิดกิจการในฐานะนิติบุคคลที่หลากหลาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศด้วย ดังนั้น นักลงทุนของประเทศนอกกลุ่มสมาชิก จึงต้องการหาวิธีการและรูปแบบที่จะเข้ามาในลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อให้ตนเองได้เข้ามาในฐานะเป็นนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี

นอกเหนือจากปัญหาดังกล่าว ยังคงมีปัญหาอีกกรณีหนึ่ง คือ นักลงทุนต่างชาติเหล่านี้ที่เข้าไปจัดตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนยังเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยและจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยเพื่อ

ดำเนินการเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทางภาษี โดยเฉพาะสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นๆ และนอกจากนี้ยังมีกรณีที่กระทำการนำเอาสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนดังกล่าวนี้มาวางแผนภาษีด้วยวิธีการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) วิธีการกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) และวิธีการแสวงหาสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน (Treaty Shopping) อันส่งผลให้ประเทศไทยต้องสูญเสียผลประโยชน์จากภาษีที่สมควรจะได้รับอย่างมหาศาล

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ผู้วิจัยสนใจศึกษาปัญหาการใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรในกรณีที่นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มาจากนักลงทุนต่างชาติอันเป็นบุคคลนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และศึกษาถึงการวางแผนภาษีของนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยอาศัยอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและรูปแบบการวางแผนภาษีระหว่างประเทศเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ตั้งวัตถุประสงค์ของการศึกษาปัญหาดังกล่าวไว้ดังนี้

1) เพื่อศึกษาความหมายและลักษณะของนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางรูปแบบของนิติบุคคลและบริษัทข้ามชาติระบบภาษีที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล ความหมายการวางแผนภาษีและรูปแบบการวางแผนภาษีระหว่างประเทศ และการจำกัดประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน

2) เพื่อศึกษาถึงพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Blueprint: AEC Blueprint) ที่เอื้อสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร การจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรของนิติบุคคลในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพรางในประเทศไทยและตัวอย่างบทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนของไทยกับสหรัฐอเมริกา

3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของชาติสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) เพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร

4) เพื่อศึกษาหาแนวทางแก้ไขปัญหการใช้ประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลของชาติสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) เพื่อสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร

2. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าระเบียบวิธีวิจัยแบบเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยเก็บข้อมูลแบบการวิจัยเอกสารจากแบบพิมพ์เขียวจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลรัษฎากรและเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และนำเสนอในเชิงพรรณนา

3. ผลการวิจัย

การที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและดำเนินนโยบายตามพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) จึงก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ที่ดึงดูดนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกให้เข้ามาแสวงหาประโยชน์ โดยใช้วิธีการเข้ามาเป็นหนึ่งในองค์กรธุรกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยการจัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศสมาชิกล่วงก่อนในลักษณะตัวแทนอำพรางและให้นิติบุคคลตนเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยรับประโยชน์จากการดำเนินธุรกิจและได้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากรที่ประเทศไทยที่เกิดขึ้นจากนโยบายในพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint)

นอกจากนั้นนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางดังกล่าว ยังอาศัยอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่ตนจัดตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางนำมาวางแผนภาษีโดยอาศัยวิธีการวางแผนภาษีระหว่างประเทศเพื่อให้ได้รับผลกำไรสูงสุดในการลงทุนธุรกิจของตน

ทั้งสองกรณีจึงเป็นปัญหาที่ประเทศไทยต้องเสียประโยชน์ในด้านการจัดเก็บภาษี ดังนั้นผู้วิจัยจึงนำปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้น มาวิเคราะห์เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

3.1 การก่อตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางและการเข้ามาลงทุนกับประเทศไทย และได้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร

จากวิธีการก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่างๆ ทำให้การก่อตั้งนิติบุคคลของนักลงทุนนอกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนทำการเลือกประเทศที่ตนต้องการเข้าไปลงทุนเพื่อเชื่อมต่อมาทำธุรกิจกับประเทศไทย ดังนั้น ประเทศที่อยูในการคัดเลือกของต่างชาติมักจะเป็นประเทศที่กฎหมายยังคงมีช่องว่างและเอื้อให้มีการจัดตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทน

อำพราง โดยส่วนใหญ่ประเทศที่เป็นที่นิยมของนักลงทุนนั้นคือ ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศเวียดนาม ประเทศมาเลเซีย ประเทศลาว ประเทศกัมพูชา ส่วนประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศบรูไน ประเทศพม่าถือว่ามีความหมายที่มีความเคร่งครัดและไม่เอื้อต่อการเกิดนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง

โดยวิธีการที่นักลงทุนต่างชาติได้กระทำการก่อตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง คือ นักลงทุนต่างชาติต้องการเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีจากประเทศไทยเมื่อทำธุรกิจกับประเทศไทย ดังนั้น จึงเลือกเข้ามาก่อตั้งตนเองในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยก่อตั้งแบบนิติบุคคลโดยมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง

3.2 การวางแผนภาษีในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย

อาเซียนถือเป็นภูมิภาคที่ดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติด้วยทรัพยากรและค่าครองชีพที่เป็นต้นทุนไม่สูง ประกอบกับนักลงทุนสามารถจัดหาแรงงานที่ราคาไม่สูงได้ ปัจจัยหลายอย่างนี้ทำให้นักลงทุนนอกภูมิภาคอาเซียนสนใจเข้ามาลงทุนมากยิ่งขึ้น และการที่มีการรวมตัวตามประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนหรือ AEC สิทธิประโยชน์หลายอย่างจึงมีมากขึ้น หลังจากมีการตกลงในแบบพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) ประเทศในอาเซียนต่างกลับมาเตรียมความพร้อมด้านภาษีอากร และสร้างเครือข่ายอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อบรรเทาภาระภาษีระหว่างกันซึ่งรวมถึงประเทศไทย เมื่อเป็นเช่นนั้น นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศอาเซียนจึงหาวิธีการเข้ามาแฝงตัวอยู่ในอาเซียนในรูปแบบการใช้ตัวแทนอำพรางจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลเพื่อมาลงทุนและต่อยอดการลงทุนโดยมาประกอบกิจการในประเทศไทยและทำการวางแผนภาษีจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและใช้วิธีการวางแผนภาษีระหว่างประเทศเข้าช่วย ซึ่งมีทั้งกรณีของการนำรูปแบบ Thin Capitalization หมายถึง การลงทุนที่ปิดบังซ่อนเร้นโดยวิธีการกู้ยืมเงินที่มากกว่าปกติ³ เป็นกรณีที่บริษัทข้ามชาติได้ทำการกู้ยืมเงินมาลงทุนมากกว่าการออกทุนเอง มักเป็นกรณีที่บริษัทแม่ที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่งให้บริษัทลูกที่ตนเองไปลงทุนในอีกประเทศหนึ่ง ทำการกู้ยืมเงินมาเพื่อลงทุนในการดำเนินกิจการส่งผลต่อภาษีอากรในการที่บริษัทลูกได้ทำการจำหน่ายกำไรในรูปแบบของดอกเบี้ยทำให้รายจ่ายของ

³ สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), หน้า 192.

บริษัทลูกสูงผลกำไรจึงต่ำ บริษัทลูกจึงเสียภาษีน้อยลงหรือไม่เสียภาษีเลยและ Transfer Pricing อันหมายถึง บริษัทข้ามชาติมักกำหนดราคาสินค้าและบริการที่เรียกเก็บภายในกลุ่มบริษัทของตน ให้มีความแตกต่างจากราคาสินค้าและบริการของบริษัทที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันหรือมีอิสระต่อกัน จากรูทกรรมประเภทเดียวกัน (ราคาตลาด Arm's length Price)⁴ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อถ่ายโอนกำไรจากบริษัทในเครือที่ตั้งอยู่ในประเทศอัตราภาษีสูงไปยังประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำ ส่งผลให้ภาษีโดยรวมของกลุ่มบริษัทลดลง⁵ รวมถึง Treaty Shopping หมายถึง การที่บริษัทข้ามชาติไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน แต่ต้องการนำสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนฉบับนั้นมาใช้ โดยพยายามหาวิธีการหรือหนทางให้ตนได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว เพื่อลดหรือบรรเทาภาระภาษีสำหรับกลุ่มบริษัทของตน⁶

อันทำให้ต้นทุนนอกอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและนอกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ผลประโยชน์เป็นกำไรที่มากขึ้น และส่งผลทำให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้สาธารณะที่ควรได้รับไปในที่สุด และไม่มีกฎหมายใดตรวจสอบหรือมีมาตรการป้องกันที่รัดกุมไม่ให้เกิดขึ้นได้เพราะนักลงทุนต่างชาติใช้ช่องว่างของอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกมาวางแผนภาษี

โดยปกติแล้วเมื่อนักลงทุนต่างชาติที่ไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยเข้ามาดำเนินกิจการในประเทศไทยนั้น นักลงทุนต่างชาติเหล่านั้นจะมีภาระภาษีที่ประเทศไทยเองจะสามารถจัดเก็บจากที่นักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาประกอบกิจการหรือเนื่องจากกิจการเหล่านั้นตามประมวลรัษฎากร มาตรา 66 หรือมาตรา 76 ทวิ และเสียภาษีฐานกำไรสุทธิที่ได้รับในรอบระยะเวลาบัญชีหนึ่งไม่ว่าจะมาจัดตั้งสาขาในประเทศไทย หรือมีลูกจ้าง ผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อในประเทศไทยก็ตามซึ่งภาษีจะมีอัตราอยู่ที่ร้อยละ 20 หรือหากนิติบุคคลต่างชาตินั้นได้รับเงินได้ตามมาตรา 40 (2)-(6) จำพวกจ้างทำของ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ค่าสิทธิต่างๆ ดอกเบี้ย หรือปันผลต่างๆ ค่าเช่าที่ได้รับหรือผลิตสัญญาเช่าซื้อหรือซื้อขายเงินผ่อน หรือจากวิชาชีพ

⁴หลักการ Arm's Length Principle ปรากฏอยู่ในข้อ 9 ของ OECD Model Tax Convention ในหัวข้อเรื่อง Associated Enterprises หรือวิสาหกิจในเครือเดียวกัน โดยให้ความหมายไว้ว่า หลักการ Arm's Length Principle หมายถึงหลักการของราคาที่ตั้งขึ้นหรือราคาที่ถูกกำหนดขึ้นในการซื้อขายสินค้าหรือบริการจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่คาดหมายได้ภายใต้สถานการณ์ที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน (สุจินต์ สุทธิการณัญญ์, "Transfer Pricing กับกิจการข้ามชาติ (MNEs)," **สรรพากรสาส์น** 46, 10 (ตุลาคม 2542): 34.

⁵นุชากร อติพัฒน์, "Transfer Pricing," **สรรพากรสาส์น** 46, 11 (พฤศจิกายน 2542): 57.

⁶ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และดุยลักษณ์ ตราชูธรรม, "มาตรการต่อต้านการเลี่ยงภาษี: กรณีแสวงหาสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน (Treaty Shopping) (ตอนที่ 2)," **สรรพากรสาส์น** 52, 2 (กุมภาพันธ์ 2548): 97.

อิสระ จะต้องถูกเก็บภาษีตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร เว้นแต่ว่ามีข้อยกเว้นตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน

ในกรณีเช่นนี้สิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศต่างๆ ภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงเป็นเรื่องที่นักลงทุนต่างชาติให้ความสนใจและเมื่อมีการรวมกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ข้อตกลงที่มีจึงเปรียบเสมือนช่องทางสำคัญที่นักลงทุนต่างชาติเลือกใช้ในการนำมาวางแผนภาษีในรูปแบบต่างๆ

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเลือกประเทศในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่จะเข้ามาลงทุนเพื่อจะเข้ามาใช้ความเป็นนิติบุคคลนั้นทำธุรกิจกับประเทศไทยเพื่อสิทธิประโยชน์ทางภาษี นักลงทุนต่างชาตินั้นจะเลือกประเทศที่สามารถเอื้อต่อการจัดตั้งองค์กรธุรกิจแบบใช้ตัวแทนอำพรางถือหุ้นแทนตน และเมื่อจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเรียบร้อยแล้ว จึงเข้ามาลงทุนกับประเทศไทยเพื่อประกอบกิจการหรือมาก่อให้เกิดรายได้ในประเทศไทยและได้วางแผนภาษีจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย อันเป็นประเทศที่ตนได้เข้าไปจดทะเบียนจัดตั้งแบบนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง

1) นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เข้ามาใช้ประโยชน์โดยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) เปิดกิจการใหม่ในประเทศไทยและจำหน่ายเงินกำไรในรูปแบบดอกเบี้ย

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแต่ต้องการใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรด้วย เมื่อเล็งเห็นว่าประเทศไทยมีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้น จึงวางแผนการลงทุนในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนดังกล่าวก่อนจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีโดยการวางแผนภาษีด้วยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) จากนั้นใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยเรื่องการจัดเก็บภาษีในส่วนของดอกเบี้ยที่ส่งออกจากประเทศไทย ประเทศไทยจะจัดเก็บเพียงร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนทุกฉบับที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศในกลุ่มสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในข้อ 11 (2) (ก) หากส่งไปให้กับสถาบันการเงินใดในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้น ทำให้กำไรจากธุรกิจถูกส่งกลับไปยังสถาบันการเงินอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางอันเป็นบริษัทแม่ในประเทศชาติสมาชิกก่อน แต่หลังจากนั้นจะมีการส่งเงินกำไรกลับไปยังบริษัทนอกประเทศสมาชิก

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่แท้จริง ทำให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้จากภาษีที่ควรได้รับมากกว่าปกติของนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางดังกล่าว

การเกิดนิติบุคคลอันเป็นสถาบันการเงินอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของนิติบุคคลนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการมาลงทุนในประเทศไทย แต่ต้องการจะเสียภาษีให้กับประเทศไทยน้อยที่สุดเพราะหากเข้ามาลงทุนโดยตรงก็จะต้องรับภาระภาษีฐานกำไรสุทธิสูงสุด คือ อัตราร้อยละ 20 ตามมาตรา 65 และ 66 แห่งประมวลรัษฎากรและหากต้องจำหน่ายเงินกำไรออกไปยังประเทศตนก็ต้องถูกเก็บภาษีอีกร้อยละ 10 ตามมาตรา 70⁷

⁷ ประมวลรัษฎากร มาตรา 65 บัญญัติว่า

“เงินได้ที่ต้องเสียภาษีตามความในส่วนนี้คือกำไรสุทธิซึ่งคำนวณได้จากรายได้จากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีหักด้วยรายจ่ายตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริ และรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวให้มีความหมายสองเดือน เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้จะน้อยกว่าสิบสองเดือนก็ได้ คือ

(ก) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเริ่มตั้งใหม่จะถือว่าวันเริ่มตั้งถึงวันหนึ่งวันใดเป็นรอบระยะเวลาบัญชีแรกก็ได้

(ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอาจยื่นคำร้องต่ออธิบดีขอเปลี่ยนวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชีในกรณีเช่นว่านี้ให้อธิบดีมีอำนาจสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต สุดแต่จะเห็นสมควร คำสั่งเช่นว่านั้นต้องแจ้งให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลผู้ยื่นคำร้องทราบภายในเวลาอันสมควร และในกรณีที่อธิบดีสั่งอนุญาต ให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นถือปฏิบัติตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่อธิบดีกำหนด

การคำนวณรายได้และรายจ่ายตามวรรคหนึ่งให้ใช้เกณฑ์สิทธิ โดยให้นับรายได้ที่เกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังมิได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และให้นับรายจ่ายทั้งสิ้นที่เกี่ยวข้องกับรายได้นั้นแม้จะยังมิได้จ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายของรอบระยะเวลาบัญชีนั้น

ในกรณีจำเป็น ผู้มีเงินได้จะขออนุมัติต่ออธิบดีเพื่อเปลี่ยนแปลงเกณฑ์สิทธิ และวิธีการทางบัญชีเพื่อคำนวณรายได้และรายจ่ายตามวรรคสองก็ได้ และเมื่อได้รับอนุมัติจากอธิบดีแล้ว ให้ถือปฏิบัติตั้งแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่อธิบดีกำหนดเป็นต้นไป”

ประมวลรัษฎากรมาตรา 66 บัญญัติว่า

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการกิจการในประเทศไทยต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการกิจการในที่อื่น ๆ รวมทั้งในประเทศไทย ให้เสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชี และการคำนวณกำไรสุทธิให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับมาตรา 65 และมาตรา 65 ทวิ แต่ถ้าไม่สามารถจะคำนวณกำไรสุทธิดังกล่าวแล้วได้ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการประเมินภาษีตามมาตรา 71 (1) มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติจึงได้วางแผนโดยเริ่มต้นจากการเข้าไปลงทุนในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย อันได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ กัมพูชา ลาว พม่า เวียดนาม โดยการลงทุนในประเทศนั้นจะเลือกลงทุนแบบนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางเพื่อจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ นั่นคือ นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจะถือหุ้นร้อยละ 49 ตามกฎหมายและให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสัญชาติประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนถือหุ้นร้อยละ 51 แต่การถือหุ้นของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวเป็นการถือหุ้นแทนเท่านั้น โดยนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งครั้งนี้จะตั้งเป็นบริษัทจำกัดที่ให้บริการด้านการเงินการลงทุนอันถือเป็นสถาบันการเงินในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งการบริหารจัดการจึงเป็นของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแบบร้อยละ 100 นั่นเอง ดังนั้น ประเทศที่นักลงทุนจะเลือกจึงเป็นประเทศที่มีช่องว่างที่สามารถจดทะเบียนจัดตั้งองค์กรธุรกิจนี้ได้ตามหัวข้อ 3.1 ที่เคยกล่าวไว้ อาทิ ประเทศมาเลเซีย อินโดนีเซีย ลาว และเวียดนาม เป็นต้น

จากนั้นสถาบันการเงินดังกล่าวจะเข้ามาดำเนินธุรกิจโดยจัดตั้งตนเองขึ้นเป็นบริษัทลูกหรือสาขาในประเทศไทยแบบถูกกฎหมายภายในของประเทศไทยอันถือเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร มาตรา 39 แต่ใช้วิธีการวางแผนภาษีระหว่างประเทศเข้าช่วยโดยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) นั่นคือมีการกู้ยืมเงินจากนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางอันเป็นสถาบันการเงินในประเทศของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (บริษัทแม่) ในจำนวนสูง อาจถึงร้อยละ 90 แต่บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งใหม่ในประเทศไทย (บริษัทลูก) ใช้เงินลงทุนในประเทศไทยจำนวนน้อยเพียงร้อยละ 10 เท่านั้น ซึ่งการกู้ยืมเงินดังกล่าวจากบริษัทแม่นั้นจะทำให้บริษัทหรือสาขาดังกล่าวในประเทศไทยมีการะด้านรายจ่ายในส่วนของการดอกเบี้ย ซึ่งส่งผลต่อการภาษีที่จะต้องเสียให้กับประเทศไทยซึ่งเก็บฐานกำไรสุทธิในอัตราร้อยละ 20 เนื่องจากเป็นการเพิ่มรายจ่ายให้กับบริษัทหรือสาขาในประเทศไทย จึงส่งผลต่อกำไรสุทธิในประเทศไทยที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ต่ำลงไปด้วย

ประมวลรัษฎากรมาตรา 70 บัญญัติว่า

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย แต่ได้รับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) หรือ (6) ที่จ่ายจากหรือในประเทศไทย ให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นเสียภาษี โดยให้ผู้จ่ายหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายตามอัตราภาษีเงินได้สำหรับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล แล้วนำส่งอาเภอท้องที่พร้อมกันยื่นรายการตามแบบที่อธิบดีกำหนดภายในเจ็ดวัน นับแต่วันสิ้นเดือนของเดือนที่จ่ายเงินได้พึงประเมินนั้นทั้งนี้ ให้นำมาตรา 54 มาใช้บังคับโดยอนุโลม.”

นอกจากนี้แล้วยังมีสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งหากมีการส่งดอกเบี๋ยออกไปชำระสถาบันการเงินใดในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนทุกฉบับจะกำหนดให้ประเทศไทยสามารถจัดเก็บภาษีจากดอกเบี๋ยดังกล่าวได้เพียงร้อยละ 10 ซึ่งจากปกติตามประมวลรัษฎากรของไทยในมาตรา 70 นั้น กำหนดให้เก็บภาษีในส่วนของดอกเบี๋ยที่ส่งออกไปยังนิติบุคคลต่างประเทศที่มีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยร้อยละ 15 จากยอดดอกเบี๋ยที่ส่งออกจากประเทศไทย ภาระภาษีที่จะต้องเสียให้กับประเทศไทยจึงลดลงและทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น บริษัทแม่อันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก็จะได้รับผลกำไรจากธุรกิจที่ดำเนินกิจการในไทยในลักษณะดอกเบี๋ย และในบางกรณีจะเป็นการจำหน่ายกำไรที่หลบหลีกภาษีตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรอีกด้วย แต่ทุกอย่างถูกดำเนินการแบบชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด และอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนบางประเทศเท่านั้นที่มีการจำกัดสิทธิประโยชน์ของผู้มีสิทธิในอนุสัญญาดังที่ได้กล่าวไว้ รวมถึงกฎหมายอื่นๆ ของประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติถึงมาตรการต่อต้านการวางแผนภาษีที่ใกล้เคียงกับการหลีกเลี่ยงในลักษณะนี้ไว้ ในประมวลรัษฎากรมีบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการกำหนดรายจ่ายตามมาตรา 65 ตรี (10) (11) ที่กล่าวถึงการกู้ยืมเงินแต่ก็เป็นเพียงการกู้ยืมแผนกต่างๆ หรือการกำหนดรายจ่ายจากการซื้อขายหรือให้บริการเท่านั้น แต่ไม่มีการกำหนดเรื่องการสร้างรายจ่ายในลักษณะนี้ไว้ชัดเจน

ดังนั้น ถ้าไรทั้งหมดจึงถูกส่งไปยังบริษัทสถาบันการเงินอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกแล้วบริษัทอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางนั้นถึงจะนำส่งกำไรดังกล่าวจากการวางแผนภาษีทั้งหมดกลับไปยังนิติบุคคลอันเป็นบริษัทแม่ที่แท้จริงที่อยู่นอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนทำให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้จากภาษีที่ควรจะได้รับโดยตรง

2) กรณีนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เข้ามาใช้ประโยชน์โดยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) เปิดกิจการใหม่ในประเทศไทยและการจำหน่ายเงินกำไรในรูปแบบดอกเบี๋ยในอัตราสูงกว่าในตลาด (Transfer Pricing)

นอกเหนือจากที่นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ดำเนินการจัดตั้งบริษัทในในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในลักษณะตัวแทนอำพรางและได้ให้นิติบุคคลที่อยู่ในลักษณะบริษัทที่เป็นสถาบันการเงินเข้ามาจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลลูกอย่างถูกกฎหมายในประเทศไทยและได้มีการวางแผนภาษีด้วยวิธีการตั้งทุนต่ำดังกล่าวมาแล้วข้างต้นตามข้อ 3.2.1 นักลงทุนในลักษณะนี้ยังเล็งเห็นช่องว่างที่สำคัญที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนมีบทบาทโดยเมื่อเห็นว่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย

และประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในข้อ 9 มีการบัญญัติเรื่องวิสาหกิจในเครือเดียวกันไว้เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีแต่จุดนี้กลายเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่นักลงทุนมองเห็นช่องว่างที่สำคัญและนำมาวางแผนภาษีร่วมกันกับกรณีการวางแผนภาษีแบบวิธีการตั้งทุนต่ำข้างต้นนั้นคือการวางแผนภาษีแบบการตั้งราคาโอนหรือ Transfer Pricing อันเป็นวิธีการสร้างรายจ่ายที่สูงขึ้นกว่าปกติตามราคาตลาดเพื่อเกิดเป็นรายจ่ายให้กับนิติบุคคลลูกในประเทศไทย โดยมีการนำมาใช้ควบคู่กับวิธีการตั้งทุนต่ำเพื่อให้การวางแผนภาษีมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเป็นประโยชน์ต่อภาระภาษีของตน ดังนั้น จึงนำเอามาวางแผนภาษีในเรื่องของการสร้างรายจ่ายที่สูงขึ้นให้กับบริษัทลูกในประเทศไทย โดยหลังจากมีการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยอันเปรียบเสมือนบริษัทลูกเพื่อใช้วางแผนภาษีของตนโดยมีการสร้างรายจ่ายในส่วนของการดอกเบี้ยเงินกู้ยืมให้กับบริษัทลูกเหล่านั้นและเป็นอัตราที่สูงสุดในราคาตลาดทั้งที่สามารถกำหนดอัตราดอกเบี้ยขึ้นต่ำสุดได้ แต่เพราะต้องการส่งกำไรผ่านดอกเบี้ยด้วย ทำให้มีการนำเอาวิธีการนี้มาใช้กับอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนข้อ 11 (2) (ก) นั่นอีกด้วย

การกำหนดอัตราดอกเบี้ยจ่ายที่มีอัตราดอกเบี้ยสูงสุดในราคาตลาดของบริษัทแม่ถือเป็นการตั้งราคาโอนระหว่างกันภายในวิสาหกิจจะหว่างกันซึ่งห้ามกระทำแต่มีความเสี่ยงแก่คู่สัญญาที่กระทำการในลักษณะนี้ ทำให้บริษัทแม่และบริษัทลูกสามารถกำหนดกันเองได้และนำมาลงรายจ่ายในบริษัทลูกตนเองได้มากกว่าปกติอีกด้วยซึ่งวิธีการนี้จะทำให้การเสียภาษีของบริษัทลูกให้กับประเทศไทยลดต่ำลงไปอีก ส่งผลต่อกำไรที่เต็มเม็ดเต็มหน่วยของบริษัทแม่อันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางที่อยู่ในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

3) นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย (Treaty Shopping)

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเห็นสิทธิประโยชน์ด้านภาษีระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับประเทศไทยจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่มีต่อกัน จึงได้พยายามที่จะเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ดังกล่าวผ่านการเป็นนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและเข้ามาดำเนินธุรกิจกับประเทศไทยเพื่อใช้สิทธิประโยชน์ นักลงทุนเหล่านั้นจะเข้ามาจัดตั้งองค์กรธุรกิจอันมีลักษณะเช่นเดียวกับที่เคยกล่าวไว้โดยจดทะเบียนจัดตั้งตนเองเป็นนิติบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายของแต่ละประเทศที่เลือกจะลงทุนในลักษณะถือครองหุ้นร้อยละ 49 และให้ตัวแทนอำพรางอันเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศนั้นๆ ถือครองหุ้นร้อยละ 51 แต่การบริหารจัดการทั้งหมดอยู่ที่อำนาจของกรรมการผู้มีอำนาจลงนามนั่นคือนักลงทุนต่างชาติเหล่านั้น ทำให้สามารถบริหาร

จัดการบริษัทนั้นๆ ได้ร้อยละ 100 นั้นเอง เพื่อจะเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศนั้นๆ มีระหว่างประเทศไทย

(1) ค่าสิทธิ

อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีการกำหนดสิทธิที่พิเศษหลายๆ ด้านรวมถึงค่าสิทธิซึ่งเป็นเงินได้ที่มีการถูกกำหนดเอาไว้ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ ลาว และเวียดนาม แต่ไม่ได้ลดอัตราภาษีเงินได้ให้น้อยกว่าที่กำหนดในมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงหันไปใช้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศพม่า เมื่อนักลงทุนดังกล่าวต้องการที่จะทำธุรกิจที่ได้ประโยชน์จากค่าสิทธิด้วยกันที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศพม่ามีการลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายลงให้เหลือเพียงร้อยละ 5 สำหรับค่าสิทธิในด้านวรรณกรรม ศิลปะ วิทยาศาสตร์และร้อยละ 10 สำหรับค่าสิทธิในการใช้ข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์หรือการให้บริการด้านการบริหารหรือคำปรึกษาด้านพาณิชยกรรม วิทยาศาสตร์ หรืออุตสาหกรรม

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ก่อตั้งขึ้นเป็นบริษัทอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศพม่าที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย นักลงทุนต่างชาติต้องการทำธุรกิจเกี่ยวกับการให้สิทธิการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แก่บริษัทในประเทศไทยซึ่งส่งผลให้มีภาระภาษีที่จะต้องเสียให้กับประเทศไทยตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น คือ หากเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศพม่าไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทยจะต้องเสียภาษีจากการให้ใช้สิทธิครั้งนี้ร้อยละ 15 อันเป็นภาษีหัก ณ ที่จ่ายเมื่อบริษัทในประเทศไทยต้องส่งเงินรายได้กลับไปยังบริษัทในประเทศพม่า แต่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศพม่าข้อ 12 ด้วยอัตราภาษีเหลือเพียงร้อยละ 5 สำหรับค่าสิทธิ ถือเป็นสิทธิพิเศษจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน ซึ่งนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไม่ได้รับในส่วนนี้

(2) การใช้ตัวแทนไม่อิสระในประเทศไทย

โดยปกติแล้วหากนิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทยมีตัวแทนเข้ามาติดต่อหรือมาทำการแทนจะเข้าข่ายมาตรา 76 ทวิแห่งประมวลรัษฎากรทำให้ตัวแทนหรือผู้ทำการติดต่อดังกล่าวมีภาระต้องนำเงินได้ที่ได้รับมาเสียภาษีเสมือนนิติบุคคลต่างประเทศที่ประกอบกิจการในประเทศไทยและนำเงินได้ที่ได้ในประเทศไทยมาชำระภาษีฐานกำไรสุทธิตามมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากร แต่หากนิติบุคคลต่างประเทศเหล่านั้นอยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญา

เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยจะถือว่ามิถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้น การมีตัวแทนไม่อิสระเข้ามาประกอบกิจการในไทยในฐานะตัวแทนหลายครั้ง กรมสรรพากรจะถือว่าตัวแทนไม่อิสระมาจากสถานประกอบการถาวรในประเทศนั้นๆ เทียบเคียงกับข้อหาหรือเลขที่ กค 0706/4105 ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2546⁸ และวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 2/2526⁹ และจะได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยเมื่อเข้ามาทำสัญญาซื้อขายสินค้ากับประเทศไทยหากได้รับเงินในการค้าขายกับประเทศไทยไม่เกินร้อยละ 75 ของค่าสินค้าทั้งหมด

เนื่องจากจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 2/2526 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2526 เรื่องการพิจารณาความเป็นตัวแทนไม่อิสระตามประมวลรัษฎากรมาตรา 76 ทวิ กำหนดให้ดูจากรายได้ส่วนใหญ่หรือมากกว่าร้อยละ 50 ที่ตัวแทนก่อให้เกิดรายได้ในประเทศไทย ซึ่งถือเป็นตัวแทนไม่อิสระแต่ยังมีการตอบข้อหาหรือที่ กค 0725/4105 ลงวันที่ 7 มกราคม 2546 เรื่องการมีสถานประกอบการถาวรตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับการมีตัวแทนไม่อิสระ จะต้องมียาได้ในส่วนร้อยละ 75 โดยได้รับจากการเข้ามาก่อให้เกิดรายได้ในประเทศไทย ดังนั้น จากทั้ง 2 กรณีนี้จึงถือได้ว่าหากนิติบุคคลต่างประเทศที่มีตัวแทนเป็นผู้ดำเนินการก่อให้เกิดรายได้ในประเทศไทยจะต้องมีสัดส่วนรายได้ค่าตอบแทนที่ตัวแทนได้รับนั้นเกินกว่าร้อยละ 50 แต่ไม่เกินร้อยละ 75 หากนิติบุคคลต่างชาตินั้นเป็นนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยก็จะได้รับการยกเว้นภาษี และเมื่อมีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเกิดขึ้นทำให้สิทธิประโยชน์มากมายโดยเฉพาะภาษีศุลกากรนำเข้ามายาขายในประเทศไทยถือเป็นร้อยละ 0 หากมีการนำเข้าสินค้ามาจากประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ดังนั้น นิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทยจึงหาวิธีการโดยการเข้าไปจัดตั้งนิติบุคคลตนเองในประเทศที่เป็นหนึ่งในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อจะได้รับสิทธิพิเศษในการส่งตัวแทนจากนิติบุคคลตนเองเข้ามาในประเทศไทยเพื่อหารายได้ในประเทศไทยและเป็นตัวแทนไม่อิสระ เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่เป็นนิติบุคคลต้องการเข้ามาส่งตัวแทนเข้ามาเพื่อขายสินค้าให้กับลูกค้าในประเทศไทยแต่ต้องการประหยัดภาษี จึงใช้วิธีการเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลโดยใช้ตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จากนั้นจึงส่งตัวแทนไม่อิสระมาจากบริษัทของตนในประเทศสมาชิก

⁸กรมสรรพากร, ข้อหาหรือภาษีอากร เลขที่ กค 0706/4105 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่าย กรณีจ่ายเงินซื้อเครื่องจักรและอุปกรณ์ [Online, available URL: <http://www.rd.go.th/publish/24738.0.html>, 2561 (มีนาคม, 16).

⁹กรมสรรพากร, คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 2/2526 เรื่อง ภาษีเงินได้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร [Online], available URL: <http://www.rd.go.th/publish/2581.0.html>, 2561 (มีนาคม, 17).

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาทำสัญญาซื้อขายกับลูกค้าในประเทศไทยโดยจำกัดส่วนรายได้ที่ได้รับไว้ให้ไม่เกินร้อยละ 75 ของรายได้ทั้งหมด ซึ่งจะได้รับการยกเว้นภาษีทั้งหมดภายใต้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิก และภาษีศุลกากรนำเข้ามายังในประเทศไทยเป็นร้อยละ 0

(3) การให้บริการ

อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีการกำหนดเรื่องสถานประกอบการถาวรอยู่ในประเทศไทยจะถูกเก็บภาษีจากกำไรธุรกิจ แต่หากไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ก็จะมีโอกาสต้องเสียภาษีเฉพาะจากเงินปันผล ดอกเบี้ย หรือค่าสิทธิที่ดินบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศคู่สัญญาได้รับตามเกณฑ์ที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกำหนด รวมถึงการให้บริการซึ่งรวมถึงการให้คำปรึกษาของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่ง โดยผ่านผู้จ้างหรือบุคคลอื่น ซึ่งในกิจกรรมเช่นว่านั้นมิอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งให้ถือเป็นสถานประกอบการถาวรด้วย จึงต้องถูกจัดเก็บภาษีดังกล่าวข้างต้น อาทิ ประเทศฟิลิปปินส์ ลาว อินโดนีเซีย และมาเลเซีย แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการมีอยู่ของสถานประกอบการถาวรในแต่ละประเภทที่บรรจุไว้ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกลับมีรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไปซึ่งตีความตามความเหมาะสมในเชิงธุรกิจและรูปแบบการลงทุนแต่ละประเทศทำให้เรื่องหลักเกณฑ์พิจารณาเรื่องสถานประกอบการถาวรไม่มีความชัดเจนทำให้นักลงทุนสนใจเอามาวางแผนภาษีขึ้นเพื่อไม่ให้ตนเองที่เข้ามาดำเนินกิจการในประเทศไทยและมีสิทธิได้รับเงินได้จากประเทศไทย แสดงให้เห็นว่าตนไม่ได้กระทำการที่เป็นการก่อให้เกิดรายได้ในประเทศไทยผ่านสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย

ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีการกำหนดกิจกรรมที่ทำให้เกิดเป็นสถานประกอบการถาวรได้แก่โครงการติดตั้ง และโครงการประกอบ หรือกิจกรรมตรวจสอบควบคุม เกี่ยวกับโครงการดังกล่าว ตามกำหนดระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ โดยกำหนดระยะเวลา 183 วัน และ 6 เดือน เว้นแต่ประเทศฟิลิปปินส์ที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่มีกับประเทศไทยนั้นกำหนดไว้ว่าโครงการประกอบและติดตั้งซึ่งมีอยู่นานกว่า 3 เดือน ถือเป็นสถานประกอบการถาวร นอกจากนี้สถานประกอบการถาวรยังหมายรวมถึง การให้บริการอีกด้วย โดยกำหนดให้การให้บริการรวมถึงการให้บริการปรึกษาของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่ง โดยผ่านผู้จ้างหรือบุคคลอื่นโดยกิจกรรมลักษณะเช่นว่านั้นได้มีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งสำหรับโครงการเดียวกันหรือต่อเนื่องกันภายในระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลารวมกันแล้วเกินกว่า 183 วัน ซึ่งมีกำหนดไว้ในข้อ 5 ของอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศฟิลิปปินส์ ลาว อินโดนีเซีย และ

มาเลเซียแต่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสิงคโปร์ เวียดนาม และพม่าไม่ได้กำหนดให้การให้บริการรวมทั้งการให้คำปรึกษาผ่านพนักงาน ถือเป็นสถานประกอบการถาวรซึ่งจุดนี้เองทำให้เกิดการนำเอามาวางแผนภาษี

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการเข้ามาดำเนินธุรกิจกับประเทศไทยโดยมาให้บริการ เมื่ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนของประเทศไทยกับประเทศสิงคโปร์ เวียดนามและพม่ามีกรณีที่ไม่ได้กำหนดให้การให้บริการรวมทั้งการให้คำปรึกษาผ่านพนักงานถือเป็นสถานประกอบการถาวร ทำให้ไม่ต้องเสียภาษีฐานกำไรสุทธิตามมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติจึงได้ทำวิธีการอื่นเมื่อต้องเข้ามาให้บริการกับประเทศไทยโดยเข้ามาจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศสิงคโปร์ เวียดนาม หรือพม่า เหล่านั้นที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยและเป็นสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศเหล่านั้น มีการใช้ตัวแทนอำพรางในการถือครองหุ้นแทน และได้เข้ามาให้บริการในประเทศไทยโดยใช้วิธีการให้บริการแบบไม่ให้มีกิจกรรมส่วนใหญ่หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ทำให้การบริการเกิดหรือมีผลสำเร็จของงานในประเทศไทย ซึ่งเมื่อกระทำเช่นนั้นก็จะทำให้ไม่ถือว่าการบริการนั้นมีสถานประกอบการถาวรทำให้ต้องเสียภาษีจากกำไรสุทธิในประเทศไทย หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าวก็จะใช้วิธีการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวให้น้อยกว่าที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกำหนดไว้ เพื่อไม่ให้ถือว่าเกิดสถานประกอบการถาวรประเภทกิจกรรมนั้นขึ้นในประเทศไทยก็จะต้องเสียภาษีฐานกำไรสุทธิเช่นเดียวกัน

4. การขนส่งระหว่างประเทศ

โดยปกติแล้วภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรที่เกี่ยวกับการขนส่งระหว่างประเทศได้ระบุไว้ในมาตรา 67 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งจัดเก็บร้อยละ 3 หากเป็นการขนส่งโดยการบินจากค่าโดยสาร ค่าระวาง ค่าธรรมเนียม และประโยชน์อื่นใดจากการทำธุรกิจขนส่งระหว่างประเทศหากเรียกเก็บในประเทศไทย และร้อยละ 3 จากค่าธรรมเนียม ค่าระวางต่างๆ ในการขนส่งสินค้าออกจากประเทศไทยไปยังประเทศอื่นๆ หากเป็นนิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทย แต่ได้ทำกิจการขนส่งระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับประเทศไทย ซึ่งเมื่อมีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเกิดขึ้นความตกลงในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนจึงเอื้อประโยชน์ทางด้านภาษีให้กับประเทศคู่สัญญา และอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก็เป็นเช่นนั้น

เมื่อการขนส่งระหว่างประเทศมีทั้งทางการบินระหว่างประเทศและการเดินเรือระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกำหนดให้มีการยกเว้นภาระภาษีเอาไว้ โดยหากเป็นการบินระหว่างประเทศอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนยกเว้นประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่เท่านั้นมีอำนาจจัดเก็บภาษีและได้รับยกเว้นภาษีร้อยละ 3 นี้ทั้งหมด ส่วนการเดินทางเรือระหว่างประเทศอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจะลดอัตราภาษีลงจากร้อยละ 3 เป็นร้อยละ 1.5 ตามที่กำหนดไว้ในแต่ละประเทศของสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ดังนั้น เมื่อนักลงทุนต่างชาติในกลุ่มสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการเข้ามาทำกิจการขนส่งระหว่างประเทศกับประเทศไทยและไม่ต้องเสียภาษีฐานรายได้ก่อนหักรายจ่ายร้อยละ 3 จากกิจการขนส่งระหว่างประเทศให้กับประเทศไทย ตามมาตรา 67 แห่งประมวลรัษฎากร จึงเข้ามาจัดตั้งบริษัทขึ้นที่ประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและเป็นประเทศที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยโดยใช้ตัวแทนอำพรางให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศนั้นถือครองหุ้นร้อยละ 51 และนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนถือครองหุ้นร้อยละ 49 และบริหารจัดการเองโดยนักลงทุนดังกล่าว จากนั้นให้นิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางดำเนินธุรกิจขนส่งระหว่างประเทศกับประเทศไทย ซึ่งอาจทำธุรกิจการบินระหว่างประเทศหรือการเดินทางเรือระหว่างประเทศ ภาระภาษีร้อยละ 3 ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 67 ก็จะหมดไปทำให้ได้รับยกเว้นภาษีร้อยละ 3 ดังกล่าวหากเป็นธุรกิจการบินระหว่างประเทศ หรือเหลือเพียงร้อยละ 1.5 เท่านั้นจากกิจการเดินเรือ

จากการวางแผนภาษีของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้กระทำลงเพื่อสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีกับประเทศไทยโดยพยายามใช้นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางที่ตนเองเข้าไปจัดตั้งขึ้นในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้วเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษิตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยทำให้ประเทศไทยเสียรายได้ที่ควรได้รับและไม่ถูกต้องตามความต้องการจะให้เกิดการค้าเสรีในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจสมาชิกด้วยกัน โดยในกรณีนี้นักนิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามากระทำการใดๆ ในประเทศไทย ประเทศไทยจะไม่สามารถทราบได้เลยว่านิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางนั้นเป็นนิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางหรือไม่ เพราะกฎหมายภายในของประเทศไทยไม่สามารถใช้เพื่อตรวจสอบการเป็นนิติบุคคลของชาติอื่นได้ว่าเป็นนิติบุคคลของชาตินั้นร้อยละ 100 จริงหรือไม่ เนื่องจากเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น ทำให้นิติบุคคลที่

ใช้ตัวแทนอำพรในการจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีได้อย่างเต็มที่ และยังรวมถึงการหลีกเลี่ยงภาษีลักษณะการวางแผนภาษีโดยใช้อุสสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในลักษณะข้างต้นนี้ได้ด้วย ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยไม่มีมาตรการป้องกันการใช้ประโยชน์ดังกล่าว

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลรัษฎากรไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี โดยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีเพียงมาตรา 155 ซึ่งกล่าวถึงเรื่องการแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพรางโดยเป็นกรณีที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมอันหนึ่งเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งซึ่งมีสถานะอันแท้จริงจะผูกพันสัมพันธ์ต่อกัน กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมอำพรางที่สร้างขึ้นเพื่อปกปิดนิติกรรมที่แท้จริงนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะ¹⁰

กรณีการหลีกเลี่ยงภาษีนั้นหากคู่สัญญากระทำนิติกรรมใดเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงภาษีเพียงประการเดียว ศาลย่อมถือว่าพฤติกรรมการได้กระทำลงไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาแต่อย่างใดและให้ผลบังคับตามเจตนาที่แท้จริงคู่สัญญาได้ ดังนั้น ถ้าการแสดงเจตนาหลงคู่กรณีมีเจตนาที่แท้จริงซ่อนอยู่คือ ไม่ต้องการเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลงเจตนาหลงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เจ้าพนักงานประเมินในฐานะผู้มีส่วนร่วมในการมีส่วนได้เสียย่อมยกความเป็นโมฆะนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้ตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง¹¹ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบังคับตามเจตนาที่แท้จริงหรือนิติกรรมอำพรางที่ถูกอำพราง ดังนั้น เจ้าพนักงานประเมินก็จะทำการประเมินเรียกเก็บภาษีอากรให้ถูกต้องครบถ้วนได้ เป็นไปตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2041/2547 และฎีกาที่ 2952/2554¹²

และเมื่อผู้มีเงินได้นั้นเป็นนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จัดตั้งบริษัทโดยใช้ตัวแทนอำพรขึ้นในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อมาใช้สิทธิ

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 บัญญัติว่า

“การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้

ถ้าการแสดงเจตนาหลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ”.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 วรรค 1 บัญญัติว่า

“โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้...”

¹² ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2041/2547 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2952/2554 [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search,2561> (มีนาคม, 20).

ประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย แม้ในประเทศเหล่านั้น นักลงทุนต่างชาติจะกระทำโดยไม่มีเจตนาที่จะผูกพันกันอย่างแท้จริง เพียงเพื่อเปิดหรือจัดตั้งองค์กรธุรกิจของตนและใช้ตัวแทนอำพรางในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจนั้น ก็ทำให้กลายเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้ประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนแล้ว การจะปฏิเสธว่านิติบุคคลนั้นมีการใช้ตัวแทนอำพรางไม่ควรได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศคู่สัญญา เนื่องจากมีการใช้ตัวแทนอำพรางจะต้องทำการพิสูจน์เจตนาของผู้เสียภาษีให้ได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีเจตนาที่จะผูกพันอย่างแท้จริงและได้ทำลงเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงภาษีเพียงประการเดียวจริงหรือไม่ ซึ่งการพิสูจน์นั้นทำได้ยาก และประเทศไทยเองก็ยากลำบากในการเข้าไปตรวจสอบในประเทศเพื่อนบ้านที่เป็นประเทศคู่สัญญาในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนได้ เนื่องจากไม่มีอำนาจทางกฎหมายเข้าไปตรวจสอบได้ ดังนั้น เจ้าพนักงานประเมินก็ไม่สามารถนำมาตรวจการนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ป้องกันการวางแผนภาษีในลักษณะการหลีกเลี่ยงโดยเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้

นอกจากกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่สามารถครอบคลุมถึงการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี และในประมวลรัษฎากรเองก็ไม่มีมาตรการที่ชัดเจนในการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีเช่นกัน เนื่องจากประมวลรัษฎากรเองมีเพียงมาตรการทั่วไปในการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีของผู้เสียภาษีที่มีพฤติการณ์หลีกเลี่ยงภาษีเท่านั้น โดยในประมวลรัษฎากรกำหนดถึงการดำเนินการและบทลงโทษสำหรับผู้เสียภาษีซึ่งมีการกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีนั่นคือเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีภาษีหลีกเลี่ยงภาษีเกิดขึ้น ประมวลรัษฎากรกำหนดให้เจ้าพนักงานประเมินสามารถเข้าไปตรวจค้น ยึดอายัด หลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหรือสันนิษฐานว่าเกี่ยวกับภาษีอากรที่ต้องเสียได้ตามมาตรา 3 เบญจ และเมื่อมีการแสดงรายการไม่ถูกต้องตามความจริงหรือไม่สมบูรณ์เจ้าพนักงานมีอำนาจเรียกผู้ยื่นรายการนั้นมาไต่สวนได้โดยสามารถออกหมายเรียกพยานหรือสั่งให้ผู้ยื่นแบบแสดงรายการหรือพยานนำบัญชี เอกสาร หรือหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องมาแสดงได้ ตามมาตรา 19 และเมื่อไต่สวนเสร็จและทราบว่าผิดจริงเจ้าพนักงานประเมินจะให้ชำระเงินเพิ่มตามจำนวนที่ต้องชำระ พร้อมเบี้ยปรับไม่เกิน 1 เท่า และเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1.5 ต่อเดือน โดยเงินเพิ่มจะไม่เกินจำนวนภาษีที่ต้องเสีย ตามมาตรา 19,¹³ 20,¹⁴ 22¹⁵ และ 27¹⁶ และหากการกระทำเข้าข่ายจงใจแจ้งข้อความเท็จหรือให้ถ้อยคำเท็จหรือ

¹³ ประมวลรัษฎากร มาตรา 19 บัญญัติว่า

“เว้นแต่จะมีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น กรณีที่เจ้าพนักงานประเมินมีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้ใดแสดงรายการตามแบบที่ยื่นไม่ถูกต้องตามความจริงหรือไม่บริบูรณ์ ให้เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจออกหมายเรียกผู้ยื่นรายการนั้นมาไต่สวน และออกหมายเรียกพยานกับสั่งให้ผู้ยื่นรายการ หรือพยานนั้น นำบัญชีเอกสารหรือหลักฐานอื่นอัน

ตอบคำถามเท็จหรือนำแสดงพยานหลักฐานที่เป็นเท็จเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีอากร หรือแม้แต่ฉ้อโกง ใช้กลอุบาย โดยวิธีอื่นทำนองเดียวกันเพื่อทำการหลีกเลี่ยงภาษีอากรแล้วจะมีโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท¹⁷

ควรแก่เรื่องมาแสดงได้ แต่ต้องให้เวลาล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันนับแต่วันส่งหมาย ทั้งนี้ การออกหมายเรียกดังกล่าว จะต้องกระทำภายในเวลาสองปี นับแต่วันที่ไต่ยื่นรายการไม่ว่าการยื่นรายการนั้น จะได้กระทำภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือเวลาที่รัฐมนตรีหรืออธิบดีขยายหรือเลื่อนออกไปหรือไม่ ทั้งนี้ แล้วแต่วันใดจะเป็นวันหลังเว้นแต่กรณีปรากฏหลักฐานหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ยื่นรายการมีเจตนาหลีกเลี่ยงภาษีอากร หรือเป็นกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคืนภาษีอากร อธิบดีจะอนุมัติให้ขยายเวลาการออกหมายเรียกดังกล่าวเกินกว่าสองปีก็ได้ แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ไต่ยื่นรายการ แต่กรณีขยายเวลาเพื่อ ประโยชน์ในการคืนภาษีอากรให้ขยายได้ไม่เกินกำหนดเวลาตามที่มีสิทธิขอคืนภาษีอากร”.

¹⁴ประมวลรัษฎากร มาตรา 20 บัญญัติว่า

“เมื่อได้จัดการตามมาตรา 19 และทราบข้อความแล้ว เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจที่จะแก้จำนวนเงินที่ประเมิน หรือที่ยื่นรายการไว้เดิมโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ปรากฏและแจ้งจำนวนเงินที่ต้องชำระอีกไปยังผู้ต้องเสียภาษีอากร ในกรณีนี้จะอุทธรณ์การประเมินก็ได้”

¹⁵ประมวลรัษฎากร มาตรา 22 บัญญัติว่า

“ในการประเมินตามมาตรา 20 หรือมาตรา 21 ผู้ต้องเสียภาษีต้องรับผิดชอบเบี้ยปรับหนึ่งเท่าของจำนวนเงินภาษีที่ต้องชำระอีก”

¹⁶ประมวลรัษฎากร มาตรา 27 บัญญัติว่า

“บุคคลใดไม่เสียหรือนำส่งภาษีภายในกำหนดเวลาตามที่บัญญัติไว้ในหมวดต่างๆ แห่งลักษณะนี้เกี่ยวกับภาษีอากรประเมิน ให้เสียเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1.5 ต่อเดือนหรือเศษของเดือนของเงินภาษีที่ต้องเสียหรือนำส่งโดยไม่รวมเบี้ยปรับ

ในกรณีอธิบดีอนุมัติให้ขยายกำหนดเวลาชำระหรือนำส่งภาษีและได้มีการชำระหรือนำส่งภาษีภายในกำหนดเวลาที่ขยายให้ นั้น เงินเพิ่มตามวรรคหนึ่งให้ลดลงเหลือร้อยละ 0.75 ต่อเดือนหรือเศษของเดือน

การคำนวณเงินเพิ่มตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เริ่มนับเมื่อพ้นกำหนดเวลาการยื่นรายการหรือนำส่งภาษีจนถึงวันชำระหรือนำส่งภาษี แต่เงินเพิ่มที่คำนวณได้มิให้เกินจำนวนภาษีที่ต้องเสียหรือนำส่ง ไม่ว่าภาษีที่ต้องเสียหรือนำส่งนั้นจะเกิดจากการประเมินหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือคำพิพากษาของศาล”

¹⁷ประมวลรัษฎากร มาตรา 3 เบญจ บัญญัติว่า

“เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่ามีพฤติการณ์หลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร ให้อธิบดีมีอำนาจเข้าไปหรือออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าพนักงานสรรพากรเข้าไปในสถานที่ หรือยานพาหนะใดเพื่อทำการ ตรวจค้น ยึด หรืออายัดบัญชีเอกสารหรือหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือสันนิษฐานว่าเกี่ยวกับภาษีอากรที่จะต้องเสียได้ทั่วราชอาณาจักร

ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือสรรพากรเขตมีอำนาจเช่นเดียวกับอธิบดีตามวรรคหนึ่ง สำหรับในเขตท้องที่จังหวัดหรือเขตนั้น

การทำการตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ต้องทำในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตก หรือในระหว่างเวลาทำการของผู้ประกอบกิจการนั้น”

การที่ประมวลรัษฎากรกำหนดถึงการดำเนินการและบทลงโทษสำหรับผู้เสียภาษีซึ่งมีการกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีเป็นอำนาจของพนักงานประเมินซึ่งสามารถตีความได้อย่างกว้างขวางอันอาจนำมาสู่ปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานประเมินซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้มีหน้าที่เสียภาษีและเมื่อนักลงทุนต่างชาติเห็นว่าการกำหนดให้พนักงานประเมินมีอำนาจในการดำเนินการและกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้เสียภาษีที่มีพฤติกรรมหลีกเลี่ยงภาษีอากร ซึ่งเป็นการนำไปสู่การใช้อำนาจอันไม่เหมาะสมทำให้นักลงทุนต่างชาติดังกล่าวยังคงวางแผนภาษีของตนอันเข้าลักษณะหลีกเลี่ยงภาษีเพราะกฎหมายยังขาดความชัดเจนในเรื่องบทบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีทำให้นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนพยายามจะหาทุกวิถีการเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีของตนเอง

5. สรุปและวิจารณ์ผล

การเกิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนหรือ ASEAN Economic Community (AEC) ส่งผลให้การค้าการลงทุนในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนหรือเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เจริญเติบโต เนื่องจากนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกมีความสนใจในการลงทุนในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มากยิ่งขึ้น ด้วยสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรที่ดึงดูดนักลงทุนเหล่านั้นและประเทศไทยเองก็เป็นอีกหนึ่งประเทศที่นักลงทุนสนใจในสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร ที่เกิดตามจากการเกิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศกลุ่มสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วย หากนักลงทุนต่างชาติซึ่งอยู่นอกประเทศเศรษฐกิจอาเซียนและยังไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยจะเข้ามาลงทุนตรงในประเทศไทยจะทำให้กำไรจากธุรกิจที่ได้รับน้อยเนื่องจากไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติจึงใช้วิธีการพยายามเข้ามาลงทุนในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก่อนแล้วค่อยเข้ามาลงทุนในประเทศไทยหรือค้าขายกับประเทศไทย แต่การเข้ามาลงทุนของ

ประมวลรัษฎากร มาตรา 37 บัญญัติว่า

“ผู้ใด

(1) โดยรู้อยู่แล้วหรือโดยจงใจแจ้งข้อความเท็จ หรือให้ถ้อยคำเท็จ หรือ ตอบคำถามด้วยถ้อยคำอันเป็นเท็จ หรือนำพยานหลักฐานเท็จมาแสดง เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรตามลักษณะนี้ หรือ

(2) โดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบาย หรือโดยวิธีการอื่นใดทำนองเดียวกันหลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรตามลักษณะนี้

ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท”.

นักลงทุนต่างชาติเหล่านั้นจะเข้ามาโดยใช้การแฝงตัวจดทะเบียนจัดตั้งตนเองเป็นนิติบุคคลแต่ใช้ตัวแทนอำพรางโดยเป็นคนสัญชาติประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ให้ทำการถือครองหุ้นตามเกณฑ์ที่กฎหมายของประเทศสมาชิกกำหนด และนักลงทุนต่างชาติเหล่านั้นจะทำการถือครองหุ้นร่วมกันอีกส่วนเพื่อให้เกิดการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแบบร้อยละ 100

เมื่อเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกนั้นๆ แล้วก็จะสามารถลงทุนในธุรกิจของประเทศสมาชิกนั้นๆ ได้อย่างไร้ขีดจำกัดและยังสามารถเข้ามาค้าขายหรือประกอบกิจการในประเทศไทย และได้รับไปซึ่งสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากรในประเทศไทย อาทิ การได้รับสิทธิประโยชน์ในภาษีนำเข้าสินค้าเพื่อนำมาขายในประเทศไทย เป็นต้น และยังไปกว่านั้นนิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก็ได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยและได้ทำการวางแผนภาษีด้วยวิธีการต่างๆ อาทิ การตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) การกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) และยังสามารถวางแผนภาษีโดยใช้ประโยชน์ทางด้านภาษีที่ได้รับในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอีกด้วย (Treaty Shopping) ทำให้ส่งผลต่อภาษีที่ประเทศไทยควรจะได้รับ

5.1 การก่อตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางและการเข้ามาลงทุนกับประเทศไทย และได้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร

เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยต้องการเข้ามาค้าขายหรือดำเนินกิจการกับประเทศไทยเพื่อผลกำไรทางธุรกิจ และเมื่อมองเห็นว่าเมื่อตนอยู่นอกกลุ่มประเทศสมาชิกและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยจึงพยายามแฝงตัวเข้ามาอยู่ในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วยวิธีจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นและอยู่ในรูปแบบการใช้ตัวแทนอำพราง

ในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นต่างก็มีกฎหมายแต่ละประเทศในการควบคุมการจดทะเบียนจัดตั้งหรือเปิดกิจการในฐานะนิติบุคคล อาทิ ประเทศกัมพูชา สิงคโปร์ กำหนดการจดทะเบียนจัดตั้งให้นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่ต้องการเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลไว้เช่นเดียวกับประเทศไทย นั่นคือ การถือครองหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ถ้าหากต้องการจะจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศเหล่านั้นจึงจะสามารถลงทุนในประเทศนั้นๆ ได้ หรือหากเป็นกรณีประเทศพม่า ลาว เวียดนามได้กำหนดให้ต้องขออนุญาตจดทะเบียนจัดตั้งเป็นรายๆ ไป เนื่องจากมีการควบคุมเรื่องกิจการที่ต้องการดำเนินการ ประเทศฟิลิปปินส์ให้สิทธิต่างชาติถือครองหุ้นเพียงร้อยละ 40 ประเทศมาเลเซียให้สิทธิพิเศษหากเข้ามาประกอบธุรกิจที่รัฐบาลให้การส่งเสริม

การลงทุน หรือประเทศบรูไนถือครองหุ้นได้เพียงร้อยละ 30 และต้องขออนุญาตทุกกรณี ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่นักลงทุนต่างชาติเหล่านั้นพยายามหาวิธีที่จะเข้ามาลงทุนและบริหารจัดการบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในประเทศสมาชิกแบบร้อยละ 100

จะเห็นได้ว่า นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิكدังกล่าว จึงใช้วิธีการใช้ตัวแทนอำพรางในการจดทะเบียนจัดตั้ง โดยวิธีการจ้างคนสัญชาติของประเทศนั้นๆ ถือครองหุ้นแทนและในจำนวนตามที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนด โดยกระทำอย่างถูกกฎหมายซึ่งจะถือว่าเป็นนักลงทุนต่างชาติได้เป็นนิติบุคคลสัญชาตินั้นๆ ร้อยละ 100 สามารถดำเนินกิจการได้ทุกประเภทและรับประโยชน์ในประเทศนั้นๆ อย่างเต็มที่ และได้ใช้ความเป็นนิติบุคคลของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่นิติบุคคลแบบตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาทำการค้าขายกับประเทศไทยเพื่อสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีโดยเป็นวิธีการที่นักลงทุนต่างชาติได้จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศสมาชิกโดยใช้ตัวแทนอำพรางถือหุ้นแทนตามกฎหมายของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและผลิตสินค้าในประเทศนั้นๆ จากนั้นนำเข้ามายาขายในประเทศไทย จะได้รับสิทธิประโยชน์ในด้านภาษีศุลกากร โดยภาษีนำเข้าสินค้าเข้ามาในประเทศไทยคือร้อยละ 0 ทำให้ลดต้นทุนรายจ่ายและทำให้ได้รับผลกำไรมากยิ่งขึ้น และในกรณีที่นิติบุคคลแบบตัวแทนอำพรางที่ถูกจัดตั้งแล้วในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยเมื่อได้ประโยชน์จากการประกอบกิจการในประเทศที่ตนจัดตั้งนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางแล้ว ต่อมาก็ได้เข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยเพื่อประกอบกิจการในประเทศไทย ซึ่งนำมาสู่กำไรที่ได้รับไม่ว่าจากการมีพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่ได้นำเข้าสินค้าโดยมีภาษีศุลกากรเป็นร้อยละ 0 และสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนให้สิทธิพิเศษทางด้านการส่งเงินกำไร ปันผล กลับไปยังนิติบุคคลนั้นๆ ในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วยกัน

ดังนั้น ประเทศไทยจึงสูญเสียรายได้ที่สมควรจะได้รับจากการจัดเก็บภาษีจากนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เนื่องจากการที่นักลงทุนต่างชาติเหล่านั้นแฝงตัวเข้ามาในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อทำการวางแผนภาษีกับประเทศไทย

5.2 การวางแผนภาษีในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย

1) กรณีนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาใช้ประโยชน์เปิดกิจการใหม่ในประเทศไทย โดยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) และจำหน่ายเงินกำไรในรูปแบบดอกเบี้ย (Transfer Pricing)

เมื่อนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นแบบตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เข้ามาเปิดกิจการใหม่ในประเทศไทยเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดสัญชาติไทย แต่การลงทุนนั้นใช้วิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) โดยลงทุนเพียงส่วนน้อยในประเทศไทย และทำการกู้ยืมเงินจากนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนักลงทุนต่างชาตินั้นโดยก่อให้เกิดรายจ่ายกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในประเทศไทยในรูปแบบของรายจ่ายดอกเบี้ยที่ส่งกลับไปยังนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นและสามารถนำมาลงเป็นรายจ่ายในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในประเทศไทยอีกด้วย บริการส่งดอกเบี้ยจ่ายไปยังนิติบุคคลแบบตัวแทนอำพรางนั้นอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนจัดเก็บภาษีจากการส่งดอกเบี้ยจ่าย เพียงร้อยละ 10 ทำให้ประเทศไทยขาดรายได้ส่วนนี้อย่างมหาศาล เนื่องจากการลงทุนด้วยของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในลักษณะนี้

ดังนั้น จะเห็นว่า ถ้าหากมีการวางแผนภาษีทั้งการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) และการจำหน่ายเงินกำไรโดยการสร้างรายจ่ายในรูปแบบดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้นกว่าปกติ หรือสูงกว่าราคาตลาด (Transfer Pricing) โดยให้นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางจดทะเบียนจัดตั้งในลักษณะของสถาบันการเงินในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้วเข้ามาเปิดกิจการในประเทศไทยในรูปแบบห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทสัญชาติไทยและใช้วิธีการตั้งทุนต่ำโดยกู้เงินจากนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางซึ่งเป็นสถาบันการเงิน แต่คิดดอกเบี้ยจ่ายจากการกู้ยืมเงินในอัตราสูงสุดในท้องตลาดเพื่อสร้างรายจ่ายที่สูงขึ้นกว่าปกติให้กับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่อยู่ในประเทศไทยนั้นอันเปรียบเสมือนบริษัทลูกส่งเงินกำไรในรูปแบบของดอกเบี้ยปรับไปยังบริษัทแม่นั้นคือนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางของนักลงทุนนอกประเทศประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั่นเอง เพื่อให้การวางแผนภาษีมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นการใช้ทั้งวิธีการตั้งทุนต่ำและการสร้างรายจ่ายที่สูงขึ้นทำให้ประเทศไทยสูญเสียรายได้จากภาษีอากรที่ควรจะได้รับเพราะการวางแผนภาษีในลักษณะนี้ของนักลงทุนนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอันถือเสมือนการหลีกเลี่ยงภาษีอากร

2) กรณีนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย (Treaty Shopping)

การเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาเปิดหรือจัดตั้งองค์กรธุรกิจ therein สิ่งสำคัญคือเลือกสิทธิที่ประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิก นำมาใช้ในการวางแผนภาษีในแต่ละกรณี ดังเช่นกรณีของ

ค่าสิทธิ โดยข้อ 10 ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับบางประเทศซึ่งเป็นสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีภาษีที่ต้องเสียก่อนข้างอยู่ในอัตราที่ต่ำทำให้ดึงดูดนักลงทุนต่างชาติที่อยู่นอกสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยพยายามเข้ามาจัดตั้งตนเองในประเทศที่ได้สิทธิทางด้านภาษีในเรื่องค่าสิทธิดังกล่าว อาทิ ประเทศพม่าการเสียภาษีในค่าสิทธิ จะหักภาษี ณ ที่จ่ายลดลงเหลือเพียงร้อยละ 10 ถ้าเป็นค่าสิทธิในลิขสิทธิ์ ดังนั้น นักลงทุนจึงเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางในประเทศที่มีสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอย่างพม่าและจากนั้นจึงให้ลูกค้านำไปใช้สิทธิและจ่ายค่าสิทธิไปยังนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศพม่าแทน การจ่ายค่าสิทธิครั้งนี้จะมีภาระภาษีเพียงร้อยละ 10 ซึ่งอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและประเทศพม่ากำหนดไว้ว่า ลดต่ำลงร้อยละ 5 หากเทียบเคียงกับการจ่ายค่าสิทธิตามประมวลรัษฎากร มาตรา 70 ไปยังนิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทยแต่ได้รับค่าสิทธินั้น

การใช้ตัวแทนไม่อิสระในประเทศไทย นิติบุคคลต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในประเทศไทยมีตัวแทนเข้ามาติดต่อหรือมาทำการแทนอันจะเข้าข่ายมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร นั้น ภาษีที่จะต้องเสียให้กับประเทศไทยจะเสียฐานกำไรสุทธิตามมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยจึงจัดตั้งตนเองในกลุ่มประเทศสมาชิกเป็นนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง จากนั้นจึงส่งตัวแทนของนิติบุคคลดังกล่าว เข้ามาทำสัญญาซื้อขายสินค้ากับลูกค้าในประเทศไทยโดยจำกัดค่าสินค้าส่งกลับไปยังนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศนั้นๆ ไม่เกินร้อยละ 75 ซึ่งจะทำให้ไม่ถือว่านิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางนั้นมีสถานประกอบการในประเทศไทย โดยอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศดังกล่าวจะไม่จัดเก็บภาษี ถือว่าเป็นกรณีที่ได้รับยกเว้นระหว่างคู่สัญญาตาม

อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนนั่นเองและหากมีการส่งสินค้าเข้ามาขายในประเทศไทยอีกก็จะได้รับยกเว้นภาษีศุลกากรที่ต้องชำระให้กับประเทศไทยอีกเป็นร้อยละ 0

การให้บริการ เมื่อนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการเข้ามาดำเนินธุรกิจกับประเทศไทยโดยมาให้บริการ ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศกลุ่มสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไม่ได้กำหนดการให้บริการรวมทั้งการให้คำปรึกษาผ่านพนักงานถือเป็นสถานประกอบการถาวรเอาไว้ในอนุสัญญานั้นจะเป็นช่องทางที่นักลงทุนต่างชาตินำสิทธิประโยชน์นี้มาวางแผนภาษีโดยเริ่มต้นจากเข้าไปจัดตั้งนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว อาทิ อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์ในข้อ 5 และข้อ 7 วรรคหนึ่ง จากนั้นนิติบุคคลดังกล่าวก็จะจัดส่งวิทยากรจากนิติบุคคลเข้ามาให้บริการฝึกอบรมกับพนักงานในประเทศไทยของลูกค้าบริษัทซึ่งระยะเวลาในการเข้ามาของพนักงานที่เป็นวิทยากรของนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพราง จะต่ำกว่าระยะเวลาที่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกำหนดว่า ถ้าถึงระยะเวลานั้นจะถือว่าเป็นการมีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย

โดยอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับบางประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ กำหนดให้นิติบุคคลสิงคโปร์ที่มีการส่งวิทยากรมายังประเทศไทยและอาศัยอยู่ประเทศไทยเกิน 180 วัน จะถือว่าเป็นผู้มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยแล้ว จึงต้องเสียภาษีตามมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากรจากแหล่งเงินได้ในประเทศไทย ดังนั้นจึงวางแผนสร้างรายจ่ายโดยส่งวิทยากรเข้ามาเพียงระยะเวลาหนึ่งไม่ติดต่อกันและไม่ถึง 180 วัน เป็นต้น เมื่อมีการจ่ายค่าบริการไปให้นิติบุคคลดังกล่าวจะไม่มีภาระภาษีเลยเพราะไม่ถือเป็นผู้มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย การจ่ายในลักษณะนี้ของลูกค้าจากประเทศไทยถือเป็นกรณีของการจำหน่ายเงินกำไรออกไปในลักษณะรายจ่ายอีกทางหนึ่ง ทำให้ประเทศไทยไม่ได้รับชำระภาษีและสูญเสียรายได้อย่างมหาศาล

การขนส่งระหว่างประเทศ เมื่ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศที่อยู่ในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนบางประเทศมีการกำหนดเกี่ยวกับภาษีหัก ณ ที่จ่ายในกิจการขนส่งระหว่างประเทศซึ่งจะมีการยกเว้นภาระภาษีเอาไว้โดยหากเป็นธุรกิจการบินระหว่างประเทศ ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับบางประเทศ ยกเว้นประเทศฟิลิปปินส์จะกำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่มีอำนาจจัดเก็บภาษีและได้รับยกเว้นภาษีร้อยละ 3 นี้ทั้งหมด หรือหากเป็นการเดินเรือระหว่างประเทศอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจะลดอัตราภาษีลงจากร้อยละ 3 เป็นร้อยละ 1.5

ดังนั้นเมื่อนักลงทุนนอกกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต้องการเข้ามาทำกิจการขนส่งระหว่างประเทศกับประเทศไทยและไม่ต้องการเสียภาษีฐานรายได้ก่อนหักรายจ่ายร้อยละ 3 ตามมาตรา 67 แห่งประมวลรัษฎากร หากเป็นธุรกิจการบินระหว่างประเทศหรือกิจการขนส่งระหว่างประเทศกับประเทศไทย จะเหลือภาษีที่ต้องชำระเพียงร้อยละ 1.5 ของยอดรายรับเท่านั้น ดังนั้น นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงเข้าไปจัดตั้งเป็นนิติบุคคลโดยใช้ตัวแทนอำพรางและทำธุรกิจขนส่งระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศสมาชิกที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย จากนั้นค่อยทำการขนส่งระหว่างประเทศก็จะได้รับการยกเว้นภาษีดังที่กล่าวมา

จากการที่เป็นนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้วแฝงตัวเข้ามาโดยการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลและใช้ตัวแทนอำพรางในกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและเข้ามาประกอบกิจการกับประเทศไทยส่งผลให้การภาษีที่ถูกวางแผนภาษีลดต่ำลงหรือถึงขั้นไม่ต้องเสียภาษีเลยในบางกรณีส่งผลให้ประเทศไทยได้รับผลกระทบในการสูญเสียรายได้ทางด้านภาษีอากรที่สมควรจะได้รับเป็นอย่างยิ่ง

6. ข้อเสนอแนะ

หลังจากที่นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้แฝงตัวเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อเข้ามาทำธุรกิจและทำการวางแผนภาษีในลักษณะหลีกเลี่ยงภาษีให้ได้ไปซึ่งสิทธิประโยชน์ทางภาษีจากประเทศไทย ทั้งประโยชน์จากภาษีศุลกากรและภาษีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร รวมถึงสิทธิประโยชน์ด้านอื่นๆ อันเนื่องต่อการแสวงหากำไรอย่างสูงที่สุดของนักลงทุนต่างชาติเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีจากภาษีศุลกากรในกรณีการนำเข้าสินค้าเข้ามาขายในประเทศไทยที่มีภาระภาษีร้อยละ 0 และการวางแผนภาษีจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและรูปแบบการวางแผนภาษีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) การสร้างรายจ่ายที่สูงหรือการตั้งราคาโอน (Transfer Pricing) รวมไปถึงการหาสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและนำมาวางแผนภาษีในลักษณะหลีกเลี่ยงภาษี (Treaty Shopping) โดยมีผู้ใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นนิติบุคคลในรูปแบบการถือครองหุ้นแทนอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของนักลงทุนต่างชาติเหล่านั้น ดังนั้น จากการศึกษาของผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

6.1 กรณีการจัดตั้งนิติบุคคลของนักลงทุนนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและการใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีกับประเทศไทย

1) การแก้ไขปัญหาแบบเร่งด่วน

ผู้วิจัยเห็นว่าควรให้มีการเสนอต่อรัฐบาล โดยผ่านคณะรัฐมนตรีให้มีการตราระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการแก้ไขปัญหาดตรวจสอบนิติบุคคลต่างประเทศในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เพื่อทำการแก้ไขการตรวจสอบนิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยแม้ว่าจะเข้ามาทำการค้าขายหรือเข้ามาประกอบกิจการโดยจัดตั้งองค์กรธุรกิจในประเทศไทยอีกครั้งหนึ่ง โดยมีการกำหนดในระเบียบดังกล่าว ดังนี้

(1) แต่งตั้งคณะกรรมการควบคุมการตรวจสอบนิติบุคคลต่างประเทศในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่เข้ามาดำเนินการในประเทศไทย ให้มีบทบาทและหน้าที่เสนอมาตรการป้องกันนิติบุคคลต่างประเทศอันมีลักษณะเป็นการใช้ตัวแทนอำพรางซึ่งมาจากประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทย

(2) กำหนดให้มีหน่วยงานหลักรับผิดชอบเพื่อประสานงานกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง อาจให้เป็นหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์ดูแล โดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ดูแลเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยตรง โดยอาจเพิ่มหน่วยงานย่อยเพื่อทำการตรวจสอบเกี่ยวกับนิติบุคคลต่างประเทศที่อยู่ในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยตรงที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและกระทรวงการคลังเป็นฝ่ายเลขานุการ

นอกจากนี้ให้กรมสรรพากร กระทรวงการคลัง ตรวจสอบการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในการประกอบกิจการในประเทศไทยแต่ละครั้ง หากดำเนินการโดยมีข้อสงสัยว่าเป็นนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางของนักลงทุนนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยอาจเห็นว่ามิโครงสร้างผู้ถือหุ้นที่ผิดปกติหรือมีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นหลายๆ ครั้งจนเห็นได้ชัดให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพราง ซึ่งจะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี

2) ข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาระยะยาว

ควรมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการตรวจสอบนิติบุคคลที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยภายใต้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยอยู่ในความรับผิดชอบภายใต้ของกระทรวงพาณิชย์ขึ้นมาใหม่เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่มีนิติบุคคลที่ใช้ตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาติในต่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีในประเทศไทย โดยกฎหมายนั้น มีสาระสำคัญดังนี้

(1) กำหนดหลักการให้มีกฎหมายว่าด้วยการตรวจสอบนิติบุคคลที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย ภายใต้อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

(2) กำหนดคำนิยาม “นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน” โดยให้ถือเป็นนิติบุคคลนอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และไม่ใช่นิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีนี้จำเป็นต้องทำข้อตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วยซึ่งอาจจะต้องมีการกำหนดเปลี่ยนแปลงพิมพ์เขียวการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนบรรจุ “นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน” ร่วมกันด้วย เพื่อให้ความหมายนั้นอยู่ในทิศทางเดียวกัน

(3) กำหนดการกระทำความผิดของ นิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ที่เข้ามาดำเนินการในประเทศไทยและได้ไปซึ่งสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี

(4) กำหนดบทลงโทษเกี่ยวกับบทลงโทษทางภาษีในการเรียกเบี้ยปรับเงินเพิ่มเมื่อพบเห็นการกระทำความผิดและให้มีโทษทางอาญา รวมถึงการขึ้นบัญชีไม่ให้นิติบุคคลในลักษณะดังกล่าว เข้ามาดำเนินการในประเทศไทยอีกต่อไป

6.2 กรณีการวางแผนภาษีในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของนักลงทุนต่างชาติประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและไม่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย

1) กรณีนิติบุคคลอันมีลักษณะเป็นตัวแทนอำพรางของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาใช้ประโยชน์เปิดกิจการใหม่ในประเทศไทย โดยวิธีการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) และจำหน่ายเงินกำไรในรูปแบบดอกเบี้ย (Transfer Pricing)

ผู้วิจัยขอเสนอแนะดังต่อไปนี้

(1) ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรเพื่อป้องกันการวางแผนภาษีในลักษณะการตั้งทุนต่ำเพื่อจำกัดหรือควบคุมดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเหล่านั้นนำมาหักเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิซึ่งใช้วิธีการเปรียบเทียบระหว่างหนี้กับเงินทุนของนิติบุคคลที่ถูก

ตั้งขึ้นใหม่ในประเทศไทย โดยสามารถบังคับใช้กับนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำนาจของนักลงทุนต่างชาติที่มาจากประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วย

การเปรียบเทียบระหว่างนี้กับเงินทุนของนิติบุคคลที่จัดตั้งใหม่ในประเทศไทยจะมีการออกกฎเกณฑ์กำหนดอัตราส่วนหนี้ต่อทุน เช่น อัตรา 7 ต่อ 1 คือเงินกู้ 7 ล้านบาท ต่อเงินที่นำมาลงทุน 1 ล้านบาท ดังนั้น หากมีการจ่ายดอกเบี้ยของผู้เขียนที่เกิน 7 ล้านบาทจะไม่ถูกถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรหรือจะให้อธิบายว่าเป็นเงินปันผล เป็นต้น ดังนั้น จะนำเอาดอกเบี้ยดังกล่าวไปลงเป็นรายจ่ายให้กับนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ในประเทศไทยไม่ได้ แล้วเงินกู้ส่วนที่เกินสัดส่วนที่กำหนดให้อธิบายเป็นรายจ่ายในลักษณะการลงทุน

(2) ประเทศไทยควรเจรจาแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 9 ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยเพิ่มบทเฉพาะลงไปข้อ 9 และระบุให้มีการเปิดช่องกรณีการจ่ายดอกเบี้ยในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตลาด ภายใต้กฎหมายภายใน หากมีการจ่ายเงินในลักษณะดังกล่าวให้ดอกเบี้ยในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตลาดนั้น เป็นเงินได้ประเภทเงินปันผลให้อธิบายเหมือนหนึ่งว่าดอกเบี้ยนั้นเป็นเงินปันผลและอนุญาตให้เจ้าพนักงานของประเทศคู่สัญญานำมารวมเพื่อเสียภาษีในฐานะกำไรหรือเงินปันผลต่อไปได้

(3) ในเรื่องของการตั้งราคาโอนควรมีการแก้กฎหมายภายใน ในส่วนของประมวลรัษฎากร ในเรื่องรายจ่ายที่มีรายจ่ายที่สามารถนำมาคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคล ตามมาตรา 65 ตรี (20) ซึ่งให้อำนาจเป็นพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น ควรมีการกำหนดเรื่องค่าบริการและดอกเบี้ยเอาไว้ว่า “ค่าดอกเบี้ยและค่าบริการในส่วนที่เกินปกติโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรไม่ถือเป็นรายจ่าย”

(4) ควรจัดทำกฎหมายในเรื่องการตั้งราคาโอนเพื่อใช้เป็นกฎหมายภายในและมีกลไกของการตรวจสอบในการตั้งราคาโอน

2) กรณีเมื่อนิติบุคคลอันมีสถานะเป็นตัวแทนอำนาจของประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย (Treaty Shopping)

จากปัญหาคำถามนี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) ประเทศไทยควรเสนอขอแก้ไขอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีต่อประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแบบเป็นรายประเทศเพื่อแก้ไขข้อแตกต่างในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับประเทศสมาชิกอาเซียนและสามารถป้องกันการเลือกใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนเพื่อนำมาวางแผนภาษีในลักษณะเลี่ยงภาษีของนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำนาจของนักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิก

โดยการแก้ไขบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนควรมีการแก้ไขให้สอดคล้องกันอาจทำความตกลงร่วมกันแบบสนธิสัญญาภาษีพหุภาคีเพื่อมีผลใช้บังคับ

ระหว่างประเทศไทยกับประเทศสมาชิกที่เห็นด้วยเสียก่อน สิ่งสำคัญคือควรรีบแก้ไขเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดประโยชน์โดยควรเจรจาขอแก้ไขเพิ่มเติม“ข้อจำกัดประโยชน์” ดังในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสิงคโปร์ซึ่งมีการตกลงกันเอาไว้ว่า “เงินได้ที่จะขอรับประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการโอนเงินได้จำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาอย่างแท้จริงเท่านั้น” โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้มีเงินได้ที่จะต้องแสดงหลักฐานให้ชัดเจนให้กับเจ้าหน้าที่ตรวจสอบก่อนเมื่อเจ้าหน้าที่พิจารณาว่าบริษัทต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยอันมีลักษณะเป็นนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำนาจที่ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีการจดทะเบียนจัดตั้งโดยสุจริตจริงหรือไม่ และควรได้รับประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนหรือไม่ เพื่อให้อำนาจหน้าที่กับเจ้าหน้าที่ในการที่จะพิจารณาและปฏิเสธการขอรับประโยชน์ทางภาษีจากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนอันมีวัตถุประสงค์เพื่อเลี่ยงภาษีแต่เพียงอย่างเดียวได้ หากมีกรณีที่กำหนดในลักษณะนี้ไว้ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างไทยกับประเทศสมาชิกอื่นในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จะทำให้เกิดการคัดกรองนิติบุคคลที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนได้ด้วย

(2) ข้อจำกัดเรื่อง “เจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง” อันเกี่ยวข้องกับคำสิทธิเนื่องจากคำนิยามของคำว่าเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงนั้นยังมีความไม่ชัดเจนดังเห็นได้จากอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศมาเลเซีย และกับประเทศฟิลิปปินส์ใช้คำว่า “ผู้รับ” สำหรับเงินได้ประเภทดอกเบี้ยและคำสิทธิ แต่อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสิงคโปร์ใช้คำว่า “เจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง” ดังนั้น ควรจะมีการปรับเปลี่ยนให้ใช้คำว่า “เจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง” เหมือนกันรวมถึงประเทศสมาชิกอื่นที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนี้ที่ยังใช้คำว่า “ผู้รับ” เปลี่ยนมาใช้เหมือนกับประเทศสิงคโปร์มีกับประเทศไทยในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยอาจยึดขอบเขตความหมายของเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงตามที่ OECD กำหนดเอาไว้อันจะทำให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและเห็นควรให้มีตัวอย่างของการตีความในเรื่องเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง เพื่อนำมาใช้ตีความนกลงทุนของประเทศที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทยหรือกำหนดบททดสอบการเป็นเจ้าของผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างแท้จริง

(3) ในเรื่องสถานประกอบการถาวรและการใช้ตัวแทนไม่อิสระ กำหนดขอบเขตเรื่องของคำว่า “สถานประกอบการถาวร” ให้ชัดเจนโดยประเภทกิจกรรมควรมีการแก้ไขให้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการของทุกประเทศสมาชิกที่มีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับ

ประเทศไทยเหมือนกันคือ จำกัดในระยะเวลา 6 เดือนให้เท่ากันหมด สำหรับอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศไทยมีกับบางประเทศ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์นั้นมีการกำหนดไว้ในข้อ 5 (ข) ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่าการจะเป็นสถานประกอบการถาวรนั้นหากมีโครงการประกอบหรือติดตั้งซึ่งมีอยู่นานกว่า 3 เดือนก็เข้าข่ายในความหมายของการเป็นสถานประกอบการถาวรแล้ว ซึ่งสั้นกว่าระยะเวลาของอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่ประเทศอื่นมีกับประเทศไทยซึ่งจุดนี้เป็นความแตกต่างที่ชัดเจนทำให้นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสนใจประเทศฟิลิปปินส์ที่จะเข้ามาลงทุนและทำการวางแผนภาษีโดยการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลแบบใช้ตัวแทนอำพรางและเข้ามาวางแผนภาษีกับประเทศไทยในเรื่องของการให้บริการนี้

(4) เรื่องการให้บริการควรให้มีการเสนอเรื่องการให้คำปรึกษาที่กระทำผ่านลูกจ้างหรือตัวแทนให้ถือเป็นสถานประกอบการถาวรลงในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศสิงคโปร์ เวียดนาม และพม่า เนื่องจากกลายเป็นช่องว่างที่สำคัญที่นักลงทุนต่างชาตินอกประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมุ่งหวังจะนำเอามาเป็นการวางแผนภาษีเพื่อใช้สิทธิประโยชน์ในการส่งผ่านกำไรในรูปแบบของรายจ่ายและยังได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีกับประเทศไทยอีกด้วย

(5) ในเรื่องการขนส่งระหว่างประเทศเป็นกรณีที่มีการกำหนดให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีแตกต่างกันชัดเจน โดยหากเป็นนิติบุคคลที่อยู่ในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและมือนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนกับประเทศไทย ถ้าเป็นธุรกิจเกี่ยวกับการบินจะไม่ต้องเสียภาษีหัก ณ ที่จ่าย ร้อยละ 3 ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 67 เนื่องจากได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน หรือในกรณีกิจการเดินเรือระหว่างประเทศจะลดภาษีลงเหลือเพียงร้อยละ 1.5 ของรายรับก่อนหักรายจ่ายใดๆ ตามที่กำหนดเอาไว้ ดังนั้น จึงควรปรับแก้การให้สิทธิพิเศษทางภาษีของอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนทุกประเทศให้เท่าเทียมกันทั้งหมดและควรมีการกำหนด “เจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง” ในเรื่องของการขนส่งระหว่างประเทศให้ชัดเจนเช่นเดียวกัน โดยสามารถตรวจสอบความสุจริตในการจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าเป็นนิติบุคคลที่ไม่ได้ใช้ตัวแทนอำพรางในการจดทะเบียนจัดตั้งเพื่อให้สิทธิในการตรวจสอบกับประเทศคู่สัญญารวมถึงประเทศไทยด้วย

อย่างไรก็ตามประเทศไทยควรจะต้องแก้ไขกฎหมายภายในเป็นอันดับแรกคือประมวลรัษฎากรซึ่งสามารถกระทำได้ที่ และง่ายกว่าการแก้ไขอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนที่มีระหว่างประเทศไทยกับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งกฎหมายภายในประเทศไทยสามารถทำได้ทันทีเป็นอันดับแรก จากนั้นจึงขอเจรจากับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน โดยถ้าหากได้แก้ไขกับบางประเทศแล้ว ก็จะสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานในการแก้ไขกับประเทศที่เหลือได้ต่อไป

บรรณานุกรม

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. **AEC Blueprint หมายถึง...** [Online]. Available URL: http://www.asean thai.net/ewt_news.php?nid=6385&filename=index, 2561 (กุมภาพันธ์, 3).
- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. **ประวัติและพัฒนากการ OECD** [Online]. Available URL: <http://www.mfa.go.th/business/th/customize>, 2561 (กุมภาพันธ์, 3).
- กรมศุลกากร. **ระบบราคาแกดต์** [Online]. Available URL: <http://www.customs goth/content.php?ini>, 2561 (มีนาคม, 10).
- โกสินทร์ เจริญสวัสดิ์กิจ. “แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน โดยมีขอบ (ANTI-TREATY SHOPPING MEASURE) มาใช้ในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- กรมสรรพากร. **ข้อหาหรือภาษีอากร เลขที่ กค 0706/4105 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่าย กรณีจ่ายเงินซื้อเครื่องจักรและอุปกรณ์** [Online]. Available URL: <http://www.rd.go.th/publish/24738.0.html>, 2561 (มีนาคม, 16).
- _____. **คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 2/2526 เรื่อง ภาษีเงินได้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ตามมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร** [Online]. Available URL: <http://www.rd.go.th/publish/2581.0.html>, 2561 (มีนาคม, 17).
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. **คู่มือการศึกษาวិชากฎหมายภาษีอากร**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ธนิญาไตรวรานนท์. **การวางแผนภาษีอากรระหว่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ดุลยลักษณ์ ตราชูธรรม. “มาตรการต่อต้านการเลี่ยงภาษี: กรณีแสวงหาสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน (Treaty Shopping) (ตอนที่ 2).” **สรรพากรสาส์น** 52, 2 (กุมภาพันธ์ 2548): 97.
- ณัฐวรรณ สุขวงศ์ตระกูล. “การกีดขวางฐานภาษีและการชะลอการเสียภาษี: ศึกษากรณีความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทย-สาธารณรัฐมอริเชียส.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ทิวา จอนจบทรง. “มาตรการกฎหมายภาษีอากรเพื่อควบคุมการจัดตั้งบริษัทเงินทุนต่ำ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

ธนภณ แก้วสถิต. **คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์, 2552.

นุชากร อติพัฒน์. “Transfer Pricing.” **สรรพากรสาส์น** 46, 11 (พฤศจิกายน 2542): 57.

นิภาพร ระบิลทศพร. “การเลือกใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนและการนำมาตรการการจำกัดประโยชน์มาใช้ในไทย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2556.

ปณณ อนันอภิบุตร. **AEC กับความท้าทายในการปรับปรุงโครงสร้างภาษี** [Online]. Available URL: <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=1341>, 2561 (มีนาคม, 14).

ประสาท บุญท้าว. “นอมินี (Nominee) ตัวดีหรือตัวร้าย.” **วารสารรอบรู้มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ความรู้ สู่โลกกว้าง** 12, 133 (พฤศจิกายน 2549): 16.

แพตริเซีย มงคลวนิช. “Tax Havens.” **สรรพากรสาส์น** 53, 6 (มิถุนายน 2549): 65.

พนิต ธีรภาพวงศ์. **ภาษีบริษัทข้ามชาติ International Business Taxation**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

_____. “หลักการพื้นฐานสำหรับบริษัทข้ามชาติ: การวางแผนภาษีเงินได้ระหว่างประเทศ.” **สรรพากรสาส์น** 46, 11 (พฤศจิกายน 2542): 41.

_____. “อะไรที่ผู้เสียภาษีอากรควรรู้นอกจากการเสียภาษี (5).” **สรรพากรสาส์น** 47, 7 (กรกฎาคม 2543): 49.

_____. “การแสวงหาประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยคนชาติที่สาม.” **วารสารกฎหมายนิติศาสตร์** (กันยายน 2552): 113.

มาลัยวรรณ และสุชาดา ตั้งทางธรรม. **หน่วยที่ 9 การรวมกลุ่มเศรษฐกิจโลก**. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2550.

รัตติกาล ศรีอำไพ. **นอมินี** [Online]. Available URL: <http://www.royin.go.th/?knowledge=นอมินี>, 2561 (มีนาคม, 14).

วรพล โฆษิตวิจิตรเวช. “การตราทบอนุสัญญาภาษีซ้อน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2548.

สุจินต์ สุทธิการณัญ. “Transfer Pricing กับกิจการข้ามชาติ (MNEs).” **สรรพากรสาส์น** 46, 10 (ตุลาคม 2542): 34.

สุเทพ พงษ์พิทักษ์. **แนวคิดภาษีเงินได้นิติบุคคล** [Online]. Available URL: <http://www.Taxguruthai.com/topic/>, 2561 (มกราคม, 10).

สาธิต รังคสิริ. “Transfer Pricing กับ การวางแผนภาษีของบริษัทข้ามชาติ.” *สรรพากรสาส์น* 47, 7 (กรกฎาคม 2543): 27-28.

สุพัตรา อนันตพงศ์. *การหลบหลีกภาษีของบริษัทข้ามชาติ Tax Avoidance of Transnational Corporations*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมนิติเพลส, 2550.

สุเมธ ศิริคุณโชติ. *กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546.

_____. “การตั้งทุนต่ำเพื่อเลี่ยงภาษีอากร.” *วารสารนิติศาสตร์* 27, 3 (กันยายน 2540): 794-798.

อัจฉนิกา เทพไตรรัตน์. “ปัญหาภาษีเงินได้นิติบุคคลภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกรณีรับจ่ายเงินปันผลภายในกลุ่มบริษัทข้ามชาติระหว่างประเทศไทย มาเลเซีย และสิงคโปร์.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2556.

อเนก ศิริเสถียร. “ความหมายและขอบเขตของคำว่าเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน.” *สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2547.

Borrego Felix Alberto Vega. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2006.

Garner, Bryan A. and Henry Cambell Black. *Black’s Law Dictionary*. 8 th ed. St. paul, Minn: Thomos West, 2009.

IRS.Part 5.Collecting ProcessChapter 17. Legal Reference Guide for Revenue Officers Section 2.Federal Tax Liens [Online]. Available URL: http://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-017-002.html, 2561 (มกราคม, 25).

Kornikova, Anna A. “Solving the problem of tax-treaty shopping through the use of limitation on benefits provision.” *Richmond journal of global law & business* 8, 2 (2008): 249.

Miller, Angharad and Lynne Oats. *Principles of International Taxation*. 2nd ed. West Sussex: Tottel Publishing, 2009.

Oberson, Xavier and Howard R. Hull. *Switzerland in International Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2001.

Reinhold, Richard L. “What is Tax Treaty Abuse? (Is Treaty Shopping an outdated concept?).” *Tax Lawyer* 53, 3 (November 2000).

Scribd. *ภาษีศุลกากรและภาษีสรรพสามิต* [Online]. Available URL: <https://www.scribd.com/doc/233660125/>, 2561 (มีนาคม, 19).

ปัญหาการค้ำมนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง

ปัญหาการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย^{*}

The Problems of Human Trafficking and Thai Criminal Justice

รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง^{**}
Associate Professor Dr.Nat Santaswang

บทคัดย่อ

การค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย ปัญหาการค้ามนุษย์เป็นปัญหาสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน แต่ทว่าปัญหานี้ไม่ใช่เพียงเกี่ยวกับบังคับไม่ให้มีการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่ทำอย่างไรจะทำให้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความเข้มแข็งและนำไปใช้ในการฟ้องร้องผู้ค้ามนุษย์และให้การเยียวยาเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ด้วย

การค้ามนุษย์เป็นการกระทำผิดอาญาอย่างหนึ่ง และเป็นการกระทำความผิดที่ใหญ่หลวงมากในการแก้ไขปัญหานี้จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ร่างไว้เป็นอย่างดีและมีระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ไม่เพียงแต่มีนโยบายติดตามตัวผู้ค้ามนุษย์ได้เท่านั้น

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

This article is a part of research title “The Problems of Human Trafficking and Thai Criminal Justice” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมดี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. สาขา New York University, USA., Doctor at de Troisieme Cycle en Droit, L’Universite’ de Paris I (Panthéon - Sorbonne) France. E-mail: natsantas@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Honors) Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. at New York University, USA., Doctor at de Troisieme Cycle en Droit, L’Universite’ de Paris I (Panthéon - Sorbonne) France.

วันที่รับบทความ (received) 8 พฤศจิกายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 มีนาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 28 มีนาคม 2562.

แต่เราต้องการอัยการซึ่งได้รับการฝึกฝนมาเป็นอย่างดี มีผู้พิพากษาซึ่งเห็นอกเห็นใจเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่สามารถแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานให้ได้ครบถ้วน

การวิจัยนี้ต้องการค้นหาความจริงเกี่ยวกับความเข้มแข็งและความสามารถที่กระบวนการยุติธรรมไทยนำกระบวนการยุติธรรมไปใช้ในการฟ้องร้องผู้ค้ามนุษย์และให้การเยียวยาเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์

การวิจัยพบว่า ยังคงมีปัญหาหลายประการที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยที่ทำให้การดำเนินการของระบบยังไม่มีประสิทธิภาพดีเพียงพอ ปัญหาเหล่านี้ได้แก่

ปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในการคัดแยกเหยื่อหรือผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์

ปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานอัยการในการร่วมมือกับพนักงานสอบสวนในการสืบสวนสอบสวนเพื่อจะตัดสินใจได้ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องร้องคดีหรือไม่

ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.2559 บัญญัติให้ศาลในคดีค้ามนุษย์ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์นั้น มีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษนอกเหนือไปจากความเสียหายที่แท้จริงได้อีกด้วย

และท้ายที่สุดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.2559 ซึ่งบัญญัติว่า ในการดำเนินคดีค้ามนุษย์ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างการพิจารณาคดีของศาล มิให้นับระยะเวลาที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีรวมเป็นส่วนหนึ่งของอายุความ

และในกรณีมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลย ถ้าจำเลยหลบหนีไปในระหว่างต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ

Abstract

The issue of human trafficking is the foremost human rights issue of our time. There is more to it than simply enforcing human rights. It is also important to strengthen criminal justice systems and use them to prosecute traffickers and rehabilitate survivors.

Human trafficking is a crime. It is a monstrous crime. Addressing this issue requires well-drafted criminal laws and functioning criminal justice systems. Not only do we need policies that help us to pursue traffickers, we also need prosecutors who are well trained, judges who are sensitive to survivors, and police officers who can collect the proper evidence.

This research has the objective of finding not only the strength to utilize criminal justice systems, but also law enforcement officers with the ability to prosecute traffickers and rehabilitate victims.

This research found that human trafficking still presents many problems to the functioning of the Thai Criminal Justice system. They are as follows:

The problems of police in identifying victims of human trafficking.

The problems of public prosecutors in coordinating with police as the investigation continues in order to decide if they have enough evidence to prosecute the accused.

The problem of the interpretation of section 14 of the Procedures for Human Trafficking Cases Act, B.E. 2559 (2016), which provides that, "... The Court shall, upon its judgement requiring the accused to make compensation to the injured person, have the competence to order the accused to pay punitive damages in addition thereto as it deems appropriate..."

And finally, The problem of the application of section 21 of the Procedures for Human Trafficking Cases Act, B.E. 2559 (2016), which provides that, "In proceeding with a human trafficking case, if the alleged offender or the accused has escaped during the proceedings or during trial by the Court, the period of time during which the escape of the alleged offender or the accused is in progress shall not be included in the computation of the period of prescription."

“In cases where a final judgment has been rendered for the punishment of the accused, if the accused has escaped during the sentencing and the final judgment, the provisions of section 98 of the Penal Code shall not apply.”

คำสำคัญ: กฎหมาย, การค้ามนุษย์, กระบวนการยุติธรรมของไทย

Keywords: law, human trafficking, thai criminal justice

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การค้ามนุษย์ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือการไม่เคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงซึ่งนับวันปัญหาการค้ามนุษย์ยิ่งทวีความรุนแรงและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคมการท่องเที่ยวและการลงทุนจากต่างประเทศรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางทำให้หลายประเทศตระหนักและให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์มากขึ้นเช่นกัน

ความหมายของการค้ามนุษย์ได้ถูกนิยามไว้ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและในกฎหมายไทย ความหมายของการค้ามนุษย์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹

ในพิธีสารเพื่อป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็ก (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children) โดยพิธีสารดังกล่าวได้ถูกแนบไว้ท้ายอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งและลักษณะองค์กร ค.ศ.2000 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000-UNTOC) โดยพิธีสาร ข้อ 3 ได้นิยามคำว่า “การค้ามนุษย์” ไว้ดังนี้

การค้ามนุษย์ หมายถึง การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการระงับไว้ซึ่งบุคคลด้วยวิธีการขู่เข็ญหรือด้วยการใช้กำลังหรือด้วยการบีบบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว ด้วยการฉ้อโกง ด้วยการหลอกลวง ด้วยการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือด้วยการใช้สถานะความเสี่ยงภัยจากการค้ามนุษย์โดยมิชอบ หรือมีการให้หรือรับเงิน หรือผลประโยชน์เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมของบุคคลผู้มีอำนาจควบคุมบุคคลอื่นเพื่อให้ความมุ่งประสงค์ในการแสวงประโยชน์ การแสวงประโยชน์อย่างน้อยที่สุดให้รวมถึงการแสวงประโยชน์จาก การค้าประเวณีของบุคคลอื่น หรือการแสวงประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนมาเป็นทาส หรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนมาเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ภายใต้บังคับ หรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย

การค้ามนุษย์ดังที่มีการนิยามไว้ในพิธีสารฉบับดังกล่าวนี้มีความหมายกว้างขวางครอบคลุมการแสวงหาประโยชน์จากเหยื่อในรูปแบบอื่น นอกจากนั้นพิธีสาร ฉบับนี้ยังได้ขยายความคุ้มครองไปยังเหยื่อทุกเพศทุกวัยไม่เพียงแต่เฉพาะเหยื่อการค้ามนุษย์ที่เป็นเด็กและสตรีแต่ยังได้ขยายครอบคลุมไปถึงเหยื่อที่เป็นชายด้วย

¹สมาชิกรัฐบาลอินเดีย, “เอกสารประกอบร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.,” หน้า 17.

ความหมายของการค้ามนุษย์ตามกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ได้บัญญัติถึงการกระทำผิดฐานค้ามนุษย์ไว้ในมาตรา 6² บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ฉ้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ ใช้อำนาจครอบงำบุคคลด้วยเหตุที่อยู่ในภาวะอ่อนด้อยทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา หรือทางอื่นใดโดยมิชอบ ขู่เข็ญว่าจะใช้กระบวนการทางกฎหมายโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ

(2) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขังจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็ก

ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอตาน การตัดอวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามวรรคสอง หมายความว่า การข่มขืนใจให้ทำงานหรือให้บริการโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น

(2) ขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

(3) ใช้กำลังประทุษร้าย

(4) ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้ หรือนำภาระหนี้ของบุคคลนั้นหรือของผู้อื่นมาเป็นสิ่งผูกมัดโดยมิชอบ

(5) ทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”

²พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560.

จากลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 เห็นได้ว่า มีความสอดคล้องในลักษณะเดียวกันกับนิยามความหมายตามพิธีสารฯ อันเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนและหลักมนุษยธรรมที่ประชาคมระหว่างประเทศยึดถือ ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ตามบทบัญญัติมาตรา 6 นี้ จะต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่บัญญัติไว้ข้างต้นด้วย

สำหรับการแก้ไขปัญหาค้ามนุษย์ได้มีการจัดประชุมหาแนวทางแก้ไขปัญหในระดับประเทศ ระดับทวิภาคีและพหุภาคีสำหรับประเทศไทยได้จัดประชุมในเรื่องนี้หลายครั้งระหว่าง พ.ศ.2540 จนถึงปัจจุบัน ซึ่งเมื่อวันที่ 12 กันยายน พ.ศ.2557 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีได้แถลงนโยบายการค้ามนุษย์เป็นปัญหาเฉพาะหน้าซึ่งต้องได้รับการป้องกันและปราบปรามและแก้ไขอย่างจริงจัง จากนั้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2558 ณ ตึกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล นายกรัฐมนตรีเป็นประธานมอบนโยบาย “การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์” เป็นวาระแห่งชาติโดยมีรัฐมนตรี และผู้บริหารระดับสูงจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยกันสร้างความเข้าใจให้เกิดขึ้นทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยเร่งสร้างมุมมองให้สังคมไทยตระหนักว่าการค้ามนุษย์เป็นภัยใกล้ตัวและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายต้องเคารพในสิทธิมนุษยชนของเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน เร่งปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ที่เป็นอุปสรรคเพื่อให้ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำงานร่วมกันอย่างเป็นระบบได้อย่างแท้จริง และกวดขันการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ไม่ว่าจะเป็นสถานที่ท่องเที่ยว สถานประกอบการโรงงาน การประมง พร้อมทั้งดำเนินการกับผู้กระทำความผิดทั้งเอกชน ข้าราชการทหารและพลเรือนอย่างเด็ดขาด

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย
2. เพื่อศึกษา ความหมาย ประวัติความเป็นมา และแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรม
3. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทยและของต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย
5. เพื่อศึกษาข้อเสนอแนะ แนวทางแก้ไขปัญหาค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย

3. ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ มุ่งที่จะศึกษาวิจัยจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.2559 ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ

4. วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ เป็นการศึกษาข้อมูลโดยการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยวิธีการค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ รายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ เอกสารทางวิชาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมกับการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์

5. ผลการวิจัย

5.1 สถานการณ์การค้ามนุษย์ในประเทศไทย

จากรายงานผลการดำเนินงาน ป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ของประเทศไทย ประจำปี พ.ศ.2557 ของสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ พบว่า³ ประเทศไทยยังคงมีสถานะเป็นประเทศต้นทาง ปลายทาง และทางผ่านของการค้ามนุษย์ในปี พ.ศ.2557 มีผู้เสียหายคดีค้ามนุษย์ รวมทั้งสิ้น 522 คน เป็นผู้เป็นชาย 137 คนเป็นหญิง 385 คน หากแยกจำนวนตามสัญชาติจะพบว่า มีผู้เสียหายเป็นคนไทยจำนวน 292 คน มักจะถูกแสวงหาประโยชน์จากการบริการทางเพศ ส่วนใหญ่มีภูมิลำเนาอยู่ในภาคเหนือและภาคตะวันออกเฉียงเหนือ มีปลายทางที่จังหวัดชลบุรี สมุทรปราการ สมุทรสาคร และกรุงเทพมหานคร ผู้เสียหาย สัญชาติลาว จำนวน 108 คน มักจะถูกแสวงหาประโยชน์จากการบริการทางเพศ ส่วนใหญ่เดินทางเข้ามาทางจังหวัดอุบลราชธานี หนองคาย มุกดาหาร เลย ผู้เสียหายสัญชาติพม่าจำนวน 89 คน มักจะถูกแสวงหาประโยชน์จากการใช้แรงงานในภาคประมง

³สำนักงานวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, การป้องกันปราบปรามการค้ามนุษย์: วาระแห่งชาติ [Online], available URL: <http://www.parliament.go.th/Library>, 2558 (มิถุนายน, 26).

และอุตสาหกรรมต่อเนื่อง ส่วนใหญ่เดินทางเข้ามาทางจังหวัด เชียงราย เชียงใหม่ แม่ฮ่องสอน และ กาญจนบุรี ผู้เสียหายสัญชาติกัมพูชา จำนวน 27 คนมักจะถูกแสวงหาผลประโยชน์ จากการใช้ แรงงานในอุตสาหกรรมและโรงงาน โดยส่วนใหญ่จะเดินทางเข้ามาทาง จังหวัดสุรินทร์ สระแก้ว และตราด และผู้เสียหายสัญชาติอื่นๆ จำนวน 6 คนโดยมีจำนวนคดีการค้ามนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ดังนี้

1) การค้ามนุษย์ในรูปแบบการแสวงหาประโยชน์จากทางเพศมี จำนวน 222 คดี พฤติการณ์ ทางคดีมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นมีการเปิดสถานบริการในลักษณะอื่นๆ บ้างหน้า เช่น ร้านคาราโอเกะ ขนาดเล็ก ร้านนวดแผนโบราณ ร้านนวดสปา โดยมีการแอบแฝงขายบริการทางเพศ ซึ่งผู้เสียหาย ส่วนใหญ่ยังคงเป็นผู้หญิงไทย และลาว อายุต่ำกว่า 18 ปี

2) การค้ามนุษย์ในรูปแบบการแสวงหาประโยชน์จากการบังคับใช้แรงงานมีจำนวน 47 คดี เป็นคดีค้ามนุษย์โดยการบังคับใช้แรงงานในเรือประมงจำนวน 11 คดี เนื่องจากการกระทำประมง โดยมากไม่ได้จ้างแรงงานต่างด้าวโดยถูกต้องตามกฎหมายและไม่มี การดำเนินตามขั้นตอนของ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแจ้งเรือเข้าออกท่า การแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับเรือผู้โดยสาร และลูกเรือในการออกเรือ เมื่อมีการฉ้อโกงการบังคับใช้แรงงานบนเรือประมงจึงยากต่อการดำเนินคดี ซึ่งผู้เสียหายส่วนใหญ่เป็นชาวพม่าอายุเกินกว่า 18 ปี

3) การค้ามนุษย์ในรูปแบบการนำคนมาขอทานมีจำนวน 11 คดี ผู้เสียหายส่วนใหญ่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมายพร้อมกับบิดา มารดาหรือญาติพี่น้องและถูกบิดา มารดา หรือบุคคลอื่นที่รู้จักกันในภายหลังในประเทศไทยชักจูงแนะนำให้ไปขอทานบริเวณสถานที่ต่างๆ ซึ่ง ผู้เสียหายส่วนใหญ่เป็นเด็กชาย สัญชาติกัมพูชาที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี⁴

ในรายงานสถานการณ์การค้ามนุษย์ประจำปี พ.ศ.2559 โดยสถานทูตสหรัฐฯ และ สถานกงสุลในประเทศไทยยังคงจัดประเทศไทยอยู่ในกลุ่มที่ 2 (บัญชีรายชื่อประเทศที่ต้องจับตามอง) โดยระบุในตอนหนึ่งว่า รัฐบาลไทยไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำอย่างเต็มที่ในการขจัดปัญหา การค้ามนุษย์

ในด้านการดำเนินคดีรายงานดังกล่าวระบุว่า... “รัฐบาลไทยได้เพิ่มความพยายาม ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายการต่อต้านการค้ามนุษย์ กฎหมายการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ระบุห้ามการค้าทุกรูปแบบ โดยถือว่าเป็นความผิดทางอาญาและระหว่างโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 10 ปี ซึ่งเป็นโทษที่ร้ายแรงพอควรและเทียบเท่ากับโทษสำหรับอาชญากรรมร้ายแรง อื่นๆ เช่น การ ข่มขืน เมื่อปี พ.ศ.2558 รัฐบาลแก้กฎหมายให้บทลงโทษค้ามนุษย์มีความรุนแรงยิ่งขึ้นสำหรับคดีที่มี ผู้เสียชีวิตโดยระหว่างโทษจำคุกตลอดชีวิตและปรับสูงสุดไม่เกิน 400,000 บาท กฎหมายใหม่นี้ยัง

⁴สำนักงานวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เรื่องเดียวกัน.

รวมถึงมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้แจ้งเบาะแส และกำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจในการสั่งระงับการดำเนินธุรกิจได้ชั่วคราว ตลอดจนยกเลิกใบอนุญาตประกอบธุรกิจได้ทันที หากพบว่าธุรกิจนั้นๆ มีความเชื่อมโยงกับการค้ำนุชย์ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2558 (แก้ไขเพิ่มเติม) ให้อำนาจสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในการอายัดทรัพย์สิน ตามคำสั่งศาลระหว่างดำเนินการสอบสวนกรณีค้ำนุชย์และโอนทรัพย์สินบางส่วนที่อายัดไว้ให้เหยื่อเพื่อเป็นสินไหมทดแทน รัฐบาลรายงานว่าได้ดำเนินการสืบสวนคดีเกี่ยวกับการค้ำนุชย์จำนวน 317 คดี (เทียบกับ 280 คดี ในปี พ.ศ.2557) โดยดำเนินคดีผู้ค้ำนุชย์ 242 ราย (เทียบกับ 155 รายในปี พ.ศ.2557) และพิพากษาลงโทษนักค้ำนุชย์ 241 ราย (เทียบกับ 104 รายในปี พ.ศ.2557) แม้จะมีการบังคับใช้แรงงานอย่างแพร่หลายในประเทศไทย แต่รัฐบาลกับรายงานว่ามี การบังคับใช้แรงงานเพียง 72 กรณี (เทียบกับ 58 กรณีในปี พ.ศ.2557) และดำเนินคดีผู้ต้องสงสัย ค้ำนุชย์ที่บังคับใช้แรงงานเพียง 71 รายใน 33 กรณี รัฐบาลไม่ได้รายงานว่ามีคดีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้แรงงานที่มีการพิพากษาโทษ ร้อยละ 64 (เทียบกับร้อยละ 68 ในปี พ.ศ.2557) ที่รับโทษจำคุกเกิน 3 ปี สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่เกี่ยวข้องกับการค้ำนุชย์มี 40 คดี ที่อยู่ในระหว่างการสืบสวน โดยรายงานว่าได้ยกฟ้อง 4 คดี และส่วนที่เหลืออีก 36 คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาในชั้นศาล และจากรายงานดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีการค้ำนุชย์ในประเทศไทยถูกทางการสหรัฐฯ จับตามองอย่างละเอียดถึงประเภทคดี จำนวนคดีที่ยังไม่ได้ตัดสินกับคดีที่ตัดสินโดยศาลแล้วซึ่งแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมของไทย เมื่อเทียบกับสถานการณ์การค้ำนุชย์ที่เกิดขึ้นตามข้อเท็จจริง ซึ่งรัฐบาลไทยได้ตระหนักในเรื่องนี้เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการค้ำนุชย์ดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและคดีความที่เกี่ยวข้องทั้งหลายได้รับการพิจารณาพิพากษาอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมจึงได้บัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีค้ำนุชย์ พ.ศ. 2559 ขึ้นและในมาตรา 41 ได้บัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ แผนกคดีค้ำนุชย์ให้เป็นที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้คดีสิ้นสุดในเวลาอันรวดเร็วขึ้นกว่าเดิม

5.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้ำนุชย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาของผู้วิจัยพบว่าในกระบวนการยุติธรรมของไทยในคดีค้ำนุชย์มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าในชั้นของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลจึงยังคงมีปัญหาทางกฎหมายอีกหลายประการที่จะต้องแก้ไข ทั้งนี้เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมในคดีค้ำนุชย์มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการป้องกันและปราบปรามการค้ำนุชย์แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ต้องให้ความ

เป็นธรรมต่อผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีค้ำมนุษย์ด้วยเช่นเดียวกัน ปัญหาที่ผู้วิจัยศึกษาพบมีดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีค้ำมนุษย์

ปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีค้ำมนุษย์นั้น ประกอบไปด้วยปัญหาหลายประการ ได้แก่ ปัญหาการขาดภาวะวิสัยของพนักงานสอบสวนการขาดความเชี่ยวชาญในการคัดแยกเหยื่อผู้เสียหายในคดีค้ำมนุษย์ ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการสอบสวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับความเป็นภาวะวิสัยของพนักงานสอบสวนนั้น เนื่องจากความเป็นภาวะวิสัยของการสอบสวนคดีอาญาเป็นต้นสายของการดำเนินคดีอาญาและเป็นเงื่อนไขให้อำนาจแก่พนักงานอัยการฟ้องคดีในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ โดยมีพนักงานสอบสวน เป็นผู้มีส่วนอำนาจหน้าที่ในการเริ่มดำเนินคดีทั้งมีหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานและมีอำนาจใช้มาตรการบังคับอันได้แก่การจับการค้นการควบคุม เป็นต้น พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐต้องวางตัวเป็นกลางดำเนินคดีด้วยความชอบธรรมมีความเป็นภาวะวิสัยแต่ในความเป็นจริงมีการร้องเรียนร้องทุกข์กล่าวโทษและมีการดำเนินคดีทางอาญาและทางวินัยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของพนักงานสอบสวนในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานที่มีขอบ การสอบสวนที่ใช้อำนาจเกินขอบเขตเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล การแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้จากผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตลอดจนการกระทำอื่นใดที่แสดงถึงความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนอันทำให้การสอบสวนไม่เป็นภาวะวิสัย⁵

เนื่องจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 41 บัญญัติว่า “เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับผู้เสียหายในความผิดฐานเข้ามา ออกไป หรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานฐานปลอมหรือใช้หนังสือเดินทางปลอมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีเฉพาะที่เกี่ยวกับการติดต่อ ชักชวน แนะนำตัว ติดตามหรือรู้มั่วบุคคลเพื่อค้าประเวณีและการเข้าไปมั่วสุมในสถานการค้าประเวณีหรือความผิดฐานเป็นคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 41 มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเหยื่อหรือผู้เสียหาย ตั้งแต่เริ่มต้นคดี และเนื่องจากลักษณะคดีค้ำมนุษย์โดยทั่วไปเหยื่อและผู้เสียหายมักมี

⁵ ศิพร โกวิท, “ความเป็นภาวะวิสัยของการสอบสวน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธุรกิจบัณฑิต, 2551), หน้า 117-119.

สองสถานะในเวลาเดียวกัน คือ สถานะความเป็นผู้เสียหายในการค้ามนุษย์และสถานะความเป็นเหยื่อหรือผู้ถูกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ในการปรากฏตัวของผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์ต่อเจ้าพนักงานส่วนใหญ่จะยังไม่ชัดเจนว่าเป็นผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์หรือไม่ เนื่องจากต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่รวบรวมได้จากปากคำของผู้เสียหาย การตรวจร่างกายผู้เสียหายและพยานหลักฐานอื่น เพื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานค้ามนุษย์ กล่าวคือ ความผิดฐานค้ามนุษย์ที่กระทำต่อผู้เสียหาย ผู้ใหญ่นั้นต้องกระทำโดย หลอกลวง ข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว น้อยหน่า เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เป็นต้น ตามบทบัญญัติ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 และเนื่องจากพฤติการณ์ในการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ยังมีความใกล้เคียงกับการลักลอบขนผู้ย้ายถิ่น ทำให้พนักงานสอบสวนไม่อาจชี้ชัดได้ทันทีว่ามีมูลแห่งการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์เกิดขึ้น และเหยื่อเป็นผู้ถูกระทำหรือไม่ แต่จำเป็นต้องอาศัยข้อเท็จจริงจากเหยื่อเกี่ยวกับความยินยอม หรือความสมัครใจของเหยื่อ ความมีอิสระและอำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินชีวิต และการประกอบอาชีพของเหยื่อ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ ซึ่งกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงเหล่านี้ เรียกว่า “การคัดแยกเหยื่อ”

ในการปรากฏตัวต่อเจ้าพนักงานครั้งแรก ของผู้ถูกค้ามนุษย์มักมีสถานะเป็น “ผู้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้เสียหายในการค้ามนุษย์” ซึ่งจำเป็นต้องผ่านกระบวนการคัดแยกเหยื่อเพื่อค้นหาความจริงในเบื้องต้นว่าบุคคลดังกล่าวเป็น “ผู้เสียหาย” หรือไม่ นอกจากนี้บางกรณีบุคคลดังกล่าวยังมีสถานะเป็น “ผู้กระทำความผิด” ในบางข้อหา เช่น เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจเป็นผลจากการถูกนำมาค้ามนุษย์ ซึ่งเมื่อปรากฏสถานะชัดเจนว่าเป็นผู้กระทำความผิดแต่ยังไม่ชัดเจนว่าเป็นผู้เสียหายในการค้ามนุษย์ รวมทั้งยังไม่ชัดเจนว่ามีการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์เกิดขึ้นจริงหรือไม่ พนักงานสอบสวนก็มักจะดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวทันทีโดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นอาจมีสถานะเป็นผู้เสียหายและอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายตามมาตรา 41 หากมีการดำเนินการคัดแยกเรียบร้อยแล้วแต่ในบางกรณีพนักงานสอบสวนก็ดำเนินคดีต่อบุคคลนั้นโดยไม่ดำเนินการคัดแยกเหยื่อและปิดบังข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีค้ามนุษย์เพื่อมิให้เกิดความยุ่งยากในการดำเนินคดี อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกค้ามนุษย์ และขัดต่อหลักการคุ้มครองช่วยเหลือจากการค้ามนุษย์เป็นอย่างยิ่ง

ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความเป็นภาวะวิสัยของพนักงานสอบสวนกล่าวคือ แม้มาตรา 41 จะกำหนดเงื่อนไขให้อำนาจในการดำเนินคดี ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้ถูกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ไม่ให้ถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการถูกค้ามนุษย์ เช่น เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย แต่บทบัญญัติดังกล่าวระบุถึงผู้ถูกค้ามนุษย์ โดยใช้ถ้อยคำ

ว่า “ผู้เสียหาย” และเมื่อข้อเท็จจริงยังไม่ชัดเจนว่า บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายหรือไม่และการกระทำ ความผิดของ “บุคคลผู้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้เสียหาย” มีหลักฐานเพียงพอเชื่อได้ว่าการ กระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เช่น พบว่าเป็นคนต่างด้าว และอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่มี หนังสืออนุญาตให้พำนักอาศัยซึ่งโดยทั่วไปพนักงานสอบสวนก็มีหน้าที่ต้องดำเนินคดีกับบุคคลซึ่ง กระทำความผิดตามบทบาทในการดำเนินคดีตามกฎหมาย (Legality Principle)⁶ แต่เนื่องจาก พนักงานสอบสวนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีบทบาทสำคัญในการสอบสวนหาความจริงเพื่อดำเนิน คดีอาญาเพื่อประโยชน์ของรัฐย่อมต้องคำนึงถึงบทบาทความเป็นภาวะวิสัยในการสอบสวนซึ่ง หมายถึง บทบาทการดำเนินคดีอาญาที่พึงกระทำ พึงปฏิบัติในฐานะเจ้าพนักงานในกระบวนการ ยุติธรรม เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในคดี โดยเจ้าพนักงานต้องวางตนเป็นกลางและอิสระไม่เข้าข้าง ฝ่ายผู้เสียหายและไม่วางตัวเป็นปฏิปักษ์กับผู้ต้องหา แต่มุ่งค้นหาความจริงในคดีอาญาเพื่อพิสูจน์ว่า ผู้ต้องหา มีความผิดหรือไม่ มีข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ต้องหาหรือไม่รวมทั้งได้รับประโยชน์ใน เงื่อนไขทางกฎหมายข้อใดหรือไม่ด้วยความเป็นธรรม ดังนั้นในกรณีที่ “บุคคลที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า เป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์” พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องรวบรวม พยานหลักฐานอันเป็นประโยชน์ต่อบุคคลดังกล่าว คือ นำบุคคลนั้นเข้าสู่กระบวนการคัดแยกเหยื่อ เพื่อตรวจสอบให้แน่ใจก่อนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์หรือไม่ หากชัดเจนว่าไม่ใช่จึงจะ สามารถดำเนินคดีฐานความผิดเกี่ยวกับการเข้าเมือง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต่อไปได้ โดยไม่ กระทบสิทธิอันจะพึงได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 41 ของบุคคลนั้นแต่ปัญหาสำคัญที่ทำให้พนักงาน สอบสวน ไม่อาจมีความเป็นภาวะวิสัยในการดำเนินคดีได้คือถูกเร่งรัดโดยผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ เนื่องจากพนักงานสอบสวนเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของสำนักงาน ตำรวจแห่งชาติ จึงยังไม่มีความเป็นอิสระในการสอบสวนและดำเนินคดีอาญาอย่างแท้จริง การปฏิบัติหน้าที่ยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมือง ทำให้การสอบสวนถูกแทรกแซงได้โดยง่ายทั้ง ระยะเวลาที่เป็นกรอบควบคุมการทำงานของพนักงานสอบสวนให้ต้องทำการสอบสวนให้เสร็จภายใน กำหนดระยะเวลา การที่ต้องสอบสวนอย่างรวดเร็วต่อเนื่องและเป็นธรรมต้องมีความรอบคอบเพื่อ ความสมบูรณ์และละเอียดรอบคอบของสำนวนการสอบสวนและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา และผู้เสียหาย ประกอบกับปริมาณสำนวนคดีในความรับผิดชอบของพนักงานสอบสวน แต่ละคนที่มี จำนวนมาก แต่การสอบสวนถูกวางหลักให้ต้องรวดเร็วและเป็นธรรม การเร่งรัดในการสอบสวน เช่น คำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556 “เรื่อง การอำนวยความสะดวกในคดีอาญาการทำ สำนวนและมาตรการควบคุมตรวจสอบเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา” ซึ่งการทำสำนวน สำหรับกรณี

⁶ณรงค์ ใจหาญ, **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 32.

รู้ตัวผู้กระทำความผิดต้องเร่งรัดให้เสร็จภายใน 2 เดือน สำหรับคดีอุกฉกรรจ์กันต้องให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือน โดยมีได้กำหนดระยะเวลาเพียงพอสำหรับพนักงานสอบสวน ในการสอบสวนในคดี คำนุश्यซึ่งต้องมีเวลาคัดแยกเหยื่อและต้องอาศัยพยานหลักฐานจากทั้งภายในประเทศและต่างประเทศและโดยเฉพาะในกรณีที่มีบุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้เสียหายจำนวนมากในคดีเดียวกัน

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการค้ามนุษย์และเพื่อคุ้มครองป้องกันภัยแก่บุคคลที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐาน คำนุश्य พนักงานเจ้าหน้าที่อาจจัดให้บุคคลดังกล่าวอยู่ในความคุ้มครองเป็นการชั่วคราวได้แต่ต้องไม่เกินยี่สิบสี่ชั่วโมง ทั้งนี้ให้รายงานให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ อธิบดีกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี ทราบโดยไม่ชักช้า

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องการคุ้มครองบุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้เสียหายเกินกว่ากำหนดเวลาในวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งอนุญาต ทั้งนี้ ศาลจะอนุญาตได้ไม่เกินเจ็ดวัน โดยจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้

การจัดให้บุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้เสียหายอยู่ในความคุ้มครองเป็นการชั่วคราวตามมาตรานี้ต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวอยู่ในสถานที่อันสมควรซึ่งมีใช้ห้องขังหรือสถานคุมขัง ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

การปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 29 นี้ให้คำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนโดยเคร่งครัด”

จากการกำหนดระยะเวลาเร่งรัดในการสอบสวนของพนักงานสอบสวนที่ต้องกระทำด้วยความรวดเร็วตามคำสั่งของกองบัญชาการตำรวจแห่งชาติแล้ว ระยะเวลาในการควบคุมตัวตามที่กฎหมาย มาตรา 29 กำหนดก็สั้นมาก อีกทั้งระเบียบของทางราชการในการผลักดันคนต่างด้าวออกนอกประเทศ ได้กำหนดไว้เคร่งครัดมาก หากเหยื่อซึ่งอยู่ต่างประเทศอาจถูกส่งตัวกลับประเทศก่อนคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งหากกระบวนการค้นหาหลักฐานประกอบคดีใช้เวลานาน อาจทำให้การควบคุมตัวผู้ต้องหาสิ้นสุดลงก่อนส่งสำนวนให้อัยการได้ ประกอบกับถ้าผู้เสียหายเป็นชาวต่างชาติต้องถูกส่งตัวกลับภูมิลำเนา หรือแจ้งความประสงค์ขอกลับภูมิลำเนา แม้จะได้สอบพยานไว้ก่อน ก็ไม่อาจสอบสวนเพิ่มเติมได้ เพราะชาวต่างชาติก็ไม่อยากกลับเข้ามาในราชอาณาจักรอีก นอกจากนี้การสอบสวนตัวการใหญ่หรือผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรม เป็นเรื่องที่ยาก เพราะจะต้องมีการประสานความร่วมมือในระดับประเทศ และต้องใช้ระยะเวลาในการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานทั้งสิ้น การที่กฎหมายมาตรา 29 กำหนดระยะเวลาที่จะนำตัวผู้เสียหาย

มาสอบสวน เพื่อหาข้อเท็จจริงที่กำหนดไว้เพียง 24 ชั่วโมง ถือว่าน้อยเกินไปและยังไม่มีระเบียบกฎหมายที่ชัดเจนว่าระหว่างรอเวลาการสืบสวนพยานต้องมีขั้นตอนหรือกระบวนการอย่างไรบ้าง ถ้าพยานไม่ให้ความร่วมมือต้องทำอะไร นอกจากนี้ในบางกรณีที่มีพยานจำนวนมากแต่ในท้องที่นั้น มีพนักงานสอบสวนไม่เพียงพอ ทำให้การสอบสวนเป็นไปอย่างเร่งรีบ ส่งผลให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วน เมื่อมีการส่งสำนวนสอบสวนมายังพนักงานอัยการ จึงต้องทำการสอบสวนเพิ่มเติม โดยเฉพาะการแจ้งข้อหาเพิ่มเติม เนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับเข้ามาเกี่ยวข้องอาจทำให้มีปัญหาไม่สามารถดำเนินการสืบพยานไว้อ่อนเพราะการสอบสวนผู้ต้องหายังไม่เสร็จสิ้น

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์เกิดขึ้นกับเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้กำหนดให้การสอบสวนต้องกระทำในสถานที่ที่เหมาะสมและมีสหวิชาชีพร่วมในการสอบสวน ซึ่งในทางปฏิบัติถือเป็นเรื่องยุ่งยากในการติดต่อประสานงานเพื่อให้สหวิชาชีพครบถ้วน จึงมีการนัดการสอบสวนออกไปเป็นเวลาค่อนข้างนาน ทำให้ผู้เสียหายไม่สะดวกในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือในกรณีที่ความผิดเกิดขึ้นในหลายพื้นที่ก็จำเป็นต้องใช้เวลาในการสอบสวนพยานหลักฐานค่อนข้างนานเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ยังมีปัญหาในเรื่องของการสื่อสาร เนื่องจากผู้เสียหายส่วนใหญ่เป็นคนต่างด้าวในขั้นตอนการสอบสวนต้องใช้ล่าม ในการสื่อสารทำให้เกิดความยากลำบากในการสื่อสารและบางครั้งเกิดความไม่ไว้วางใจกันระหว่างเจ้าพนักงานของรัฐกับผู้ที่เป็นเหยื่อหรือพยานที่เป็นคนต่างด้าว เนื่องจากความไม่สามารถสื่อสารกันได้อย่างชัดเจน

จากปัญหาต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ทำให้พนักงานสอบสวนมักจะไม่นำตัว “บุคคลผู้มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นผู้เสียหายในคดีค้ามนุษย์” ไปคัดแยกเหยื่อเพื่อค้นหาความจริงว่ามีมูลความผิดในการค้ามนุษย์เกิดขึ้นหรือไม่และบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เสียหายในคดีหรือไม่เพื่อให้ได้พยานหลักฐาน จากบุคคลนั้น แต่กลับนำไปดำเนินคดีในความผิดอาญาบางฐาน เช่น เข้ามาอยู่อาศัยในราชอาณาจักร โดยผิดกฎหมาย หรือความผิดในคดีแรงงานข้ามชาติ ข่มขืนเด็กหรือค้าประเวณีเป็นส่วนใหญ่ ส่งผลให้กระบวนการสอบสวนไปไม่ถึงตัวการ ในการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ทำให้การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2) ปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานอัยการในคดีค้ามนุษย์

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย เป็นระบบที่แยกอำนาจในการดำเนินคดีอาญาออกเป็น 2 ฝ่าย คือ พนักงานสอบสวน มีอำนาจสอบสวนโดยอิสระจากอำนาจของพนักงานอัยการ ซึ่งมีอำนาจในการสั่งฟ้องคดีเท่านั้น ดังนั้นในการเริ่มต้นการสอบสวนหรือเริ่มต้นคดีอาญาจึงเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนเพียงองค์กรเดียวอย่างอิสระ ปราศจากการควบคุมจากองค์กรภายนอกที่ไม่ใช่เป็นเพียงพนักงานผู้ทำหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ เช่น ในต่างประเทศและหลังจากดำเนินการสอบสวนเรียบร้อยแล้วจึงจะส่งสำนวนสอบสวนให้พนักงานอัยการเพื่อสั่งฟ้องคดีในขั้นนี้

หากพนักงานอัยการเห็นควร ให้ดำเนินการค้นหาความจริงใดเพิ่มเติม ก็สามารถสั่งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการได้ แต่ก็จำกัดภายใต้รูปคดีที่พนักงานสอบสวนกำหนดไว้แล้ว ส่วนในคดีพิเศษก็ให้เป็นอำนาจกรมสอบสวนคดีพิเศษที่เป็นพนักงานสอบสวนอีกหน่วยงานหนึ่งและระบบการดำเนินคดีพิเศษก็เป็นระบบเดียวกับคดีทั่วไป ยกเว้นคดีบางประเภท เช่น คดีความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมคดีอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือระบบเศรษฐกิจ หรือการคลังของประเทศ หรือกรณีที่คณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษ เห็นว่า ต้องมีพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนจึงให้มีพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนได้ ตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 ซึ่งพนักงานอัยการมีบทบาทเข้าร่วมฟังการสอบปากคำ ร่วมกำหนดรูปคดีกับพนักงานสอบสวน แต่ในชั้นนี้อำนาจในการสอบสวนยังคงเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ

สำหรับการดำเนินคดีค้ำมนุษย์ในประเทศไทยนั้นมีแนวทางการดำเนินคดีมีทั้ง 2 รูปแบบ คือ คดีทั่วไปและคดีพิเศษหรือคดีที่มีลักษณะอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งในการสอบสวนคดีที่มีองค์ประกอบความผิดฐานค้ำมนุษย์เช่นเดียวกัน แต่อำนาจสอบสวนเป็นขององค์กรที่แตกต่างกัน 2 องค์กร และอำนาจสอบสวนก็แตกต่างกันหากจากองค์กรที่มีอำนาจในการฟ้องร้องและดำเนินคดีของพนักงานอัยการ ทำให้ขาดเอกภาพในการดำเนินคดีส่งผลต่อการดำเนินคดีที่ไม่มีประสิทธิภาพและการขาดการควบคุมตรวจสอบ การสอบสวนของพนักงานสอบสวนจากองค์กรภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญในการดำเนินคดี ทำให้มีหลายกรณีที่พนักงานสอบสวนได้ทำการสอบสวนและดำเนินคดีกับผู้เสียหาย โดยไม่คำนึงถึงพยานหลักฐาน และสิทธิของผู้เสียหาย ในคดีค้ำมนุษย์ แม้ว่าบทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการ คืออาจเข้าไปมีส่วนร่วมในการเป็นคณะอนุกรรมการในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ของจังหวัด ซึ่งมีหน้าที่ในการให้คำปรึกษา ให้ความเห็น ให้คำแนะนำในปัญหาข้อกฎหมาย แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในด้านดังกล่าว ในขั้นตอนการสอบสวนนั้นไม่ได้มีหลักเกณฑ์ระบุชัดเจนถึงการกระทำหน้าที่ของพนักงานอัยการในส่วนนี้ ปกติอำนาจสอบสวนเป็นของพนักงานสอบสวน แต่ตามบันทึกข้อตกลงของสำนักงานอัยการสูงสุดกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องในคดีค้ำมนุษย์ กำหนดให้นักสังคมสงเคราะห์นักจิตวิทยาเข้าร่วมการสอบสวนกับพนักงานสอบสวน ดังนั้นพนักงานสอบสวนอาจจะขอหรือไม่ขอคำปรึกษาก็ได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้รัฐจึงพยายามแก้ปัญหาพนักงานสอบสวนในการดำเนินคดีกับผู้เสียหายในคดีค้ำมนุษย์ โดยบัญญัติในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ไว้ดังนี้คือ

“เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับผู้เสียหายในความผิดฐานเข้ามา ออกไปหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานฐานปลอมหรือใช้ซึ่งหนังสือเดินทางปลอม ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีเฉพาะที่เกี่ยวกับการติดต่อ ชักชวน แนะนำตัว ติดตามหรือรับเร้าบุคคลเพื่อค้าประเวณีและการเข้าไปมั่วสุมในสถานการค้าประเวณีเพื่อค้าประเวณี หรือความผิดฐานเป็นคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อยกเว้น หลักการดำเนินคดีตามกฎหมายของพนักงานสอบสวนโดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการไม่ดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหายในกรณีที่มีมูลความผิดบางฐานดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แต่มิได้ห้ามมิให้ดำเนินคดีโดยเด็ดขาด กล่าวคือเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นควรดำเนินคดีที่กฎหมายห้ามนั้นก็กระทำได้ภายใต้เงื่อนไขการขออนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม โดยเงื่อนไขดังกล่าวมีเจตนารมณ์ในการสร้างระบบตรวจสอบการเริ่มต้นดำเนินคดีของพนักงานสอบสวน โดยเฉพาะคดีที่มีความสำคัญ และมีแนวโน้มว่าการดำเนินคดีอาจกระทบสิทธิของผู้เสียหาย และการดำเนินคดีอาจไม่เกิดประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือการจะดำเนินคดีกับผู้เสียหายในความผิดเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ความผิดค้าประเวณีหรือความผิดฐานอื่นที่ระบุไว้ในมาตรา 41 นั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก่อนซึ่งเรียกว่า “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” ซึ่งแสดงว่า トラบใดที่ยังไม่ขออนุญาต ย่อมไม่มีอำนาจดำเนินคดีหรือในกรณีที่ดำเนินคดีไปแล้ว ปรากฏภายหลังว่าผู้ถูกดำเนินคดีเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานค้ามนุษย์ พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการย่อมไม่มีอำนาจดำเนินคดีต่อไปได้ จนกว่าจะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจแก้ปัญหapractitionerในการดำเนินคดีอย่างแท้จริง เนื่องจากเหตุผลดังนี้ คือ

(1) การตรวจสอบการเริ่มคดีโดยผู้ที่ขาดความเชี่ยวชาญในการดำเนินคดี โดยเหตุที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นนักการเมืองนั้น โดยทั่วไปแล้วมิใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการดำเนินคดีอาญาเข้ามาตรวจสอบการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนในชั้นเริ่มต้นคดีย่อมไม่อาจทำให้เกิดประสิทธิภาพได้อย่างแท้จริง

(2) เป็นระบบการตรวจสอบกลั่นกรองคดีที่ซ้ำซ้อน

ระบบการดำเนินคดีอาญาซึ่งปกติแยกอำนาจสอบสวนและฟ้องคดีเป็นอิสระจากการควบคุมตรวจสอบการดำเนินคดีอาญาทั่วไปมีความล่าช้าอยู่แล้ว เนื่องจากต้องผ่านขั้นตอนของพนักงานสอบสวนจนเสร็จสิ้นกระเสาะความก่อน พนักงานอัยการจึงจะเข้ามามีบทบาทในคดี ดังนั้นการที่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเข้ามาตรวจสอบการเริ่มต้นคดีของพนักงานสอบสวนตามมาตรา 41 ย่อมเป็นการสร้างขั้นตอนในการปฏิบัติและก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในอำนาจหน้าที่ใน

ชั้นสอบสวนทำให้เกิดความล่าช้า และกลับทำให้กระทบต่อความเป็นเอกภาพในการสอบสวน คือ ทำให้ระบบสอบสวนคดีของพนักงานสอบสวนในข้อหาต่างๆ ที่กำหนดในมาตรา 41 ให้เป็นอิสระจากการรบกวนในการฟ้องร้องคดีของพนักงานอัยการมากยิ่งขึ้น

(3) การขาดหลักเกณฑ์ ควบคุมดุลยพินิจในการอนุญาตให้ดำเนินคดีอาญาต่อผู้เสียหาย

การให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการตรวจสอบการเริ่มต้นคดีของพนักงานสอบสวน โดยกำหนดเฉพาะตัวอย่างคดีที่ไม่สมควรถูกลงโทษ แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าจะให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีได้หรือไม่ โดยใช้เหตุผลใดซึ่งกรณีดังกล่าวแตกต่างจากระบบที่มีการควบคุมตรวจสอบการเริ่มต้นคดีโดยพนักงานอัยการ เช่น ในประเทศเยอรมนี จะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาดำเนินคดีหรือไม่ให้ดำเนินคดีที่ชัดเจน⁷ ทำให้การควบคุมตรวจสอบการเริ่มต้นคดีดังกล่าวไม่อาจเกิดประสิทธิภาพอย่างแท้จริงได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คดีใด พนักงานสอบสวนขาดความเป็นภาวะวิสัยในการดำเนินคดีไม่นำตัว “บุคคลที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นผู้เสียหายในคดีค้ำมนุษย์” ไปคัดแยกเหยื่อเพื่อค้นหาความจริงว่ามีมูลความผิดในการค้ำมนุษย์เกิดขึ้นหรือไม่และบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เสียหายในคดีหรือไม่เพื่อให้ได้พยานหลักฐานจากบุคคลนั้น แต่กลับนำไปดำเนินคดีในความผิดอาญาบางฐานแทน เช่น เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งไม่อาจทำให้การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์บรรลุผลได้

3) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของศาลในคดีค้ำมนุษย์

ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ.2559 มาตรา 14 บัญญัติว่า “นอกจากการให้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 13 แล้ว ถ้าปรากฏว่าในการกระทำความผิดมีการกระทำความทารุณกรรม หน่วงเหนี่ยวกักขัง ทำร้ายร่างกาย หรือกดขี่ข่มเหงโดยขาดมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงต่อผู้เสียหาย เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นได้ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ ฐานะทางการเงินของจำเลย ตลอดจนจนประวัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์ของจำเลยประกอบด้วย” และ

มาตรา 15 บัญญัติว่า “คำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ ให้รวมเป็นส่วนหนึ่งแห่งคำพิพากษาในคดีอาญา และในกรณีที่ต้องมีการบังคับคดีให้ถือว่าผู้เสียหายเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ในการนี้ให้กระทรวงการพัฒนาสังคมและ

⁷ อดิสร อดิสร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 105.

ความมั่นคงของมนุษย์ดำเนินการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้เสียหายตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์เพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ได้มีการให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่ผู้เสียหายได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการเนื่องจาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive damages) หมายถึง ค่าเสียหายในทางแพ่งซึ่งกำหนดให้เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง เพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีพฤติการณ์อันชั่วร้ายให้มีความขัดหลาบ (Punishment) จนไม่สามารถทำพฤติกรรมเช่นเดิมได้อีก และยังเป็น การป้องกันมิให้บุคคลในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่างในอนาคต (Deterrence) อีกทั้งในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะต้องพิจารณาถึงลักษณะและพฤติการณ์ของการกระทำละเมิดมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

สำหรับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย คือ หลักการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับ เพื่อมุ่งให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนไม่มีการละเมิด หรือกลับคืนใกล้เคียงฐานเดิมมากที่สุด การเยียวยาผู้เสียหายให้กลับสู่สภาพเดิมนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ถูกทำละเมิดโดยกำหนดค่าเสียหายตามหลักกฎหมายละเมิดมีหลักว่าค่าเสียหายต้องสามารถเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น หากทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมไม่ได้ ก็ต้องพยายามทำให้กลับสู่สภาพที่ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด ค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาดังกล่าวเรียกว่า ค่าเสียหายเชิงทดแทน (Compensatory damages) การทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมมีนัยว่าศาลต้องกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินก็ตาม ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าค่าเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมเนื่องจากจะช่วยจูงใจให้เกิดการใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมได้

ในทางปฏิบัติศาลจะกำหนดค่าเสียหาย โดยอาศัยข้อเท็จจริงจากการนำเสนอของโจทก์และจำเลย โจทก์มีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานตนว่าเสียหายเพียงใด และจำเลยมีหน้าที่นำเสนอหักล้างความเสียหายตามที่โจทก์กล่าวอ้าง โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความเสียหายอะไรเกิดขึ้นบ้าง และมีมูลค่าเท่าใด หากพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีความเสียหายอะไรเกิดขึ้นบ้างและมีมูลค่าเท่าใด ศาลก็จะไม่กำหนดค่าเสียหายให้ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริงและโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าเกิดความเสียหายดังกล่าวมีมูลค่าแน่นอนได้ ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายได้ตามจริง

ในกรณีที่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ไม่สามารถนำเสนอให้เห็นมูลค่าความเสียหายได้ ซึ่งโดยมากมักมีสาเหตุจากความเสียหายเหล่านั้นไม่สามารถคำนวณ

ออกมาเป็นจำนวนเงินได้ เช่น ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือยากต่อการคำนวณออกมาเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง ศาลจะกำหนดค่าเสียหาย โดยอาศัยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก กล่าวคือ จะกำหนดค่าเสียหายตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้คำว่า “ตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” มิได้ถูกนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ตำราทางกฎหมายได้ให้ความหมายไว้ดังต่อไปนี้⁸

พฤติการณ์แห่งละเมิด หมายถึง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยหรือพฤติกรรมในการกระทำละเมิด ตัวอย่างเช่น จำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังหรือไม่มากนักเพียงใด โจทก์มีส่วนในการทำให้เกิดความเสียหายหรือไม่ มีผู้กระทำความผิดร่วมหรือไม่ และเป็นการกระทำที่เป็นภัยต่อสังคมส่วนรวม โทษร้ายรุนแรง หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม หรือไม่ เป็นต้น

ส่วนความร้ายแรงแห่งละเมิด หมายถึง ระดับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิด เช่น ระดับความรุนแรงของอาการบาดเจ็บที่ผู้เสียหายได้รับ และระดับความทุกข์ทรมาน เป็นต้น

ศาลอาศัยหลักการกำหนดค่าเสียหายตามสมควรแก่พฤติการณ์และระดับความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นเครื่องมือในการช่วยให้ผู้เสียหายสามารถกลับคืนสู่สภาพเดิมให้ได้มากที่สุด กล่าวคือ แม้โจทก์จะไม่สามารถนำสืบได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่าเท่าใด ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้ได้โดยอาศัยหลักพฤติกรรมและความร้ายแรงแห่งละเมิดของจำเลย นอกจากนี้ ศาลอาจพิจารณาองค์ประกอบแวดล้อมอื่นๆ ประกอบเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับชดเชยอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมมากที่สุด ตัวอย่างเช่น สภาวะเงินเฟ้อ หรือค่าของเงินที่ตกต่ำลงไป ค่าใช้จ่ายในการดำรงชีพของโจทก์หลังถูกกระทำละเมิดและสภาพร่างกายของโจทก์หลังถูกละเมิด (ร่างกายมีการเสื่อมโทรมเร็วกว่าที่ควรจะเป็นตามปกติหรือไม่) เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 เป็นบทกฎหมายทั่วไปในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดซึ่งค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใด นั้นให้ศาลวินิจฉัยตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมาย ดังกล่าวหาได้ล้าสมัย หรือไม่สามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ แต่ด้วยเหตุที่ประชาชนและบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม ส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจและความสามารถในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแสดงต่อศาลเพื่อรับฟัง

⁸ ดิลก เสริมวิริยะกุล, รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 8” เรื่อง การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม, 2553), หน้า 1-2.

กำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ถูกต้องตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับ อีกทั้งการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของศาลก็เป็นไปในแนวทางระบบกล่าวหามากกว่าระบบไต่สวน ทำให้การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงฐานะเดิมมากที่สุดได้ ไม่ว่าเหตุผลเมื่อนั้นจะร้ายแรงหรือไม่ก็ตาม จึงเป็นเหตุให้มีการพยายามนำหลักการเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีความ พ.ศ.2559

มาตรา 8 ได้บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาคดีความให้ใช้ระบบไต่สวนและเป็นไปโดยรวดเร็วตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา...” และ

มาตรา 28 บัญญัติว่า “ในคดีซึ่งพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ให้ศาลนำสำนวนการสอบสวนของโจทก์มาเป็นแนวทางในการพิจารณา และอาจสืบพยานเพิ่มเติมเพื่อหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้ตามที่เห็นสมควร” และนอกจากนั้น

มาตรา 29 บัญญัติให้ “ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากหน่วยงานหรือบุคคลใด หรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณา รวมทั้งมีอำนาจสั่งให้หน่วยงานหรือบุคคลใดตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานเพิ่มเติม แล้วรายงานให้ศาลทราบและจัดส่งพยานหลักฐานดังกล่าวต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมาย”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจศาลที่พิจารณาคดีความ พ.ศ.2559 สามารถสืบพยานต่างๆ เพิ่มเติมได้เองหรือเรียกพยานหลักฐานจากหน่วยงานหรือบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำหรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาได้เองและเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลได้รับทราบข้อเท็จจริงนำมาวินิจฉัยกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ถูกต้องตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายควรได้รับเพียงพออยู่แล้ว โดยไม่ต้องนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ โดยไม่มีความจำเป็นอีก ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีความ พ.ศ.2559 นี้ศาลสามารถนำระบบไต่สวนมาใช้ในกระบวนการพิจารณาจึงอุดช่องว่างของโจทก์ กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจริงแต่ไม่สามารถนำสืบจำนวนค่าเสียหายได้นั้น ศาลก็สามารถเรียกพยานหลักฐานต่างๆ มาไต่สวนเพิ่มเติมได้อยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติในมาตรา 14 ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด

นอกจากนี้ในกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย⁹ มีการกำหนดข้อจำกัดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ 2 ประการคือ¹⁰

⁹ สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในทางละเมิด,” เอกสารประกอบการสัมมนาประชุมระดมสมอง (กรุงเทพมหานคร: โครงการปรัชญาคุณูปกตติการสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553).

(1) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ จะกำหนดได้ก็ต่อเมื่อค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดนั้นไม่เพียงพอที่จะลงโทษจำเลยหรือไม่เพียงพอ ยับยั้ง ป้องปรามจำเลย มิให้กระทำความผิดซ้ำอีก

(2) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะไม่ถูกกำหนดขึ้นซ้ำอีกหากจำเลยได้รับโทษทางอาญามาแล้ว

จะเห็นได้ว่า แนวคิดของกฎหมายออสเตรเลีย มองว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นแนวคิดที่เป็นไปในแนวทางเดียวกับการลงโทษ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษในคดีอาญา ดังนั้นหากจำเลยได้รับโทษทางอาญามาแล้ว ก็ไม่ควรกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษอีกตามหลักที่จะต้องไม่ลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดอันเดียวกัน (Le principe non bis in idem) ซึ่งหลักนี้ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 7/2557 และได้วางหลักไว้ว่า “...การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา ทางปกครองหรือทางวินัยถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่าหนึ่งครั้ง สำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียวจึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นๆ มุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง อันเป็นการขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป และต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ด้วย”

จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้น นับว่ามีบทบาทสำคัญที่ศาลจะนำมาใช้ในการรักษาและประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยถือเป็นหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป อันเป็นที่มาหรือเป็นรากฐานของระบบกฎหมายโดยศาลจะเป็นผู้รับรองและใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว

ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในคดีคำมนุษย์ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญาอยู่แล้วนั้น ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในการลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีวัตถุประสงค์ เป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับหลักการในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญามากกว่าจะเป็นการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง¹¹ ซึ่งกฎหมายอาญามีหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ “หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อนในการกระทำความผิดอันเดียวกัน” ดังนั้น ในคดีละเมิดที่มีความเกี่ยวเนื่องกันกับคดีอาญา นอกจากผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษในคดีอาญา

¹⁰ ดิลก เสริมวิริยะกุล, เรื่องเดิม.

¹¹ นที จิตสง่า, **วัตถุประสงค์ในการลงโทษ** [Online], available URL: <https://www.gotoknow.org/posts/454719,2559> (กันยายน, 18).

แล้วก็ยังอาจได้รับการลงโทษในทางแพ่งเป็นการชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษอีกนั้น อาจถือได้ว่าเป็นการลงโทษซ้ำสองในความผิดอันเดียวกันได้¹²

นอกจากนี้ ปัญหาการชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่มีจำนวนมูลค่าสูงมากนั้นเป็นปัญหาสำคัญที่ประเทศต่างๆ มักประสบจากการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษคือ การไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนและไม่มีหลักควบคุมในการตัดสินและควบคุมค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่เกิดขึ้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.2559 มาตรา 14 บัญญัติ “...ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นได้ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ ฐานะทางการเงินของจำเลย ตลอดจนประวัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ของจำเลยประกอบด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีค้ามนุษย์นี้ โดยหลักการที่ถูกต้องแล้ว จะต้องมีส่วนสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแท้จริง หากศาลในคดีดังกล่าวได้กำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงสูงกว่าระดับที่ควรจะเป็นอยู่แล้ว การชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษจะมีผลเสีย ทำให้เพิ่มความบิดเบือนในการกำหนดค่าเสียหายมากจนเกินไป การเลือกใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษในบางกรณีโดยไม่ปรับฐานค่าเสียหายที่แท้จริงให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมก่อนก็จะส่งผลเสีย คือ ไม่แก้ปัญหาคือพื้นฐานในการคิดค่าเสียหายและยังจะทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการคิดค่าเสียหายในคดีต่างๆ จนอาจเกิดความไม่เป็นธรรมเนื่องจากหลักในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีลักษณะและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากหลักค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ที่กฎหมายไทยยึดถืออยู่มากและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ยังไม่มีกำหนดกรอบเพดานขั้นสูงในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้อีกด้วย ซึ่งต่างจากกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่ใช้บังคับก่อนพระราชบัญญัติฉบับนี้จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษขั้นสูงไว้ เช่น ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 ค่าเสียหายในเชิงลงโทษต้องไม่จ่ายเกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ หรือในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องไม่เกิน 2 เท่าของจำนวนค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้ เป็นต้น

จากปัญหาที่กล่าวข้างต้น การนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติให้ศาลที่พิจารณาคดีค้ามนุษย์สามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหาย โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการยึดโยงกับค่าเสียหายที่แท้จริง และโดยไม่มีขอบเขตจำกัดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น อาจก่อให้เกิดผลเสียหายตามมาอีกมากมาย เช่น

¹²Wikipedia, **Non bis in idem** [Online], available URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem, 2561 (June, 26).

(1) ก่อให้เกิดผลเสียในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากหากกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่มีจำนวนมากเกินสมควรย่อมเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้กระทำความผิดที่จะต้องรับผิดชอบในเงินจำนวนเหล่านั้น โดยเฉพาะในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ประกอบธุรกิจมีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีจำนวนเงินลงทุนสูง การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงินที่สูงมากอาจก่อให้เกิดผลกระทบโดยอ้อมต่อสถานะการลงทุนในประเทศได้ หรืออาจทำให้สินค้าราคาสูงขึ้น หรือบริษัทประกันภัยไม่กล้ารับประกันความเสี่ยงทั้งกรณีละเมิดทั่วไปและกรณีละเมิดตามกฎหมายเฉพาะ เนื่องจากค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษมีจำนวนที่สูงมากนั่นเอง

(2) บุคคลบางจำพวกอาจอาศัยหลักค่าเสียหายในเชิงลงโทษแสวงหาผลประโยชน์โดยทุจริต ทั้งๆ ที่ผู้กระทำละเมิดได้ยอมชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่เสียหายจริงแล้ว เช่น การแสวงหาผลประโยชน์ของทนายความบางคนในคดีที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่มีจำนวนมูลค่าสูงมาก หรือในคดีละเมิดบางประเภทที่โจทก์อาจให้การบิดเบือนจากความเป็นจริงได้ เพราะค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่โจทก์พิสูจน์ได้ จึงถือเสมือนหนึ่งว่าโจทก์ได้รับผลกำไรนอกเหนือไปจากค่าเสียหายที่แท้จริงนั้น จึงทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากขึ้นโดยไม่สมควรและโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์ก็ต้องรับโทษทางอาญาไปแล้วด้วย

(3) กรณีผู้กระทำละเมิดรายเดียว แต่มีผู้ถูกกระทำละเมิดหลายราย และไม่ได้ดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือพร้อมกันหรือไม่ได้รวมการพิจารณาคดีเข้าด้วยกันหรือบางรายยังไม่ได้ดำเนินคดี เมื่อศาลกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้ผู้ถูกกระทำละเมิดรายหนึ่งรายใดได้รับค่าสินไหมทดแทนไปก่อนแล้ว ผู้ถูกกระทำละเมิดรายอื่นๆ อาจไม่ได้รับความเป็นธรรม เพราะผู้กระทำละเมิดอาจถูกบังคับคดีจนล้มละลายหรือไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระค่าเสียหายที่แท้จริงรวมทั้งค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดให้ผู้ถูกกระทำละเมิดรายอื่นๆ นั้น หรือหากผู้กระทำละเมิดกับผู้ถูกกระทำละเมิดบางรายร่วมกันทุจริตเพื่อเอาเปรียบผู้ถูกกระทำละเมิดรายอื่นหรือบริษัทผู้รับประกันภัย โดยสมยอมกันบิดเบือนข้อเท็จจริงให้ศาลกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนสูงกว่าความเป็นจริง อันจะทำให้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษมีจำนวนสูงขึ้นตามไปด้วย

4) ปัญหาเกี่ยวกับอายุความฟ้องคดีค้ำมนุษย์ในกรณีผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนี

ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ.2559 มาตรา 21 บัญญัติว่า

“ในการดำเนินคดีค้ำมนุษย์ ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างการพิจารณาคดีของศาล มีให้นับระยะเวลาที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีรวมเป็นส่วนหนึ่งของอายุความ

ในกรณีมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลย ถ้าจำเลยหลบหนีไปในระหว่างต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างการพิจารณาของศาลทำให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับอายุความในระหว่างหลบหนีเข้ามารวมด้วยเท่ากับเป็นการขยายอายุความตราบใดที่ยังจับตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาโทษไม่ได้ ส่วนในคดีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษถ้าจำเลยหลบหนีไปในระหว่างต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษกฎหมายมิให้นำมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกำหนดเวลาว่างเลยการลงโทษตั้งแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุดมาใช้บังคับจึงหมายถึงไม่มีกำหนดอายุความนั่นเอง

ในเรื่องอายุความในคดีอาญาของไทยนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นประมวลกฎหมายที่นำเอาความคิดของประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law มาใช้เริ่มโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่เข้ามาทำหน้าที่ในตำแหน่งที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย (Conseiller legislatif) แนวคิดเรื่องอายุความในการฟ้องร้องคดีอาญาและอายุความในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้มีการนำเอาบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญาตามลำดับซึ่งหลักการในการกำหนดอายุความเป็นไปตามกฎแห่งการลืม (La Loi de L'oubli) ดังปรากฏในมาตรา 95 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังนี้

มาตรา 95 “ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิด มายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ

(1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี

(2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี

(3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี

(4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี

(5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมาหรือต้องระวางโทษอย่างอื่น

ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาศาลแล้ว ผู้กระทำความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งงดการพิจารณาไว้จนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน”

มาตรา 98 “เมื่อได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษผู้ใด ผู้นั้นยังมีได้รับโทษก็ดี ได้รับโทษแต่ยังไม่ครบถ้วนโดยหลบหนีก็ดี ถ้ายังมิได้ตัวผู้นั้นมาเพื่อรับโทษนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด

หรือนับแต่วันที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีแล้วแต่กรณี เกินกำหนดเวลาดังต่อไปนี้ เป็นอันล่วงเลยการลงโทษจะลงโทษผู้นั้นมิได้

- (1) ยี่สิบปี สำหรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกยี่สิบปี
- (2) สิบห้าปี สำหรับโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี
- (3) สิบปี สำหรับโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี
- (4) ห้าปี สำหรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีลงมาหรือโทษอย่างอื่น”

ดังนั้นการที่บทบัญญัติตามมาตรา 21 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการดำเนินคดีค้ำมนุษย์ ถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างการพิจารณาคดีของศาล มิให้นับระยะเวลาที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีรวมเป็นส่วนหนึ่งของอายุความนั้น...” จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ต้องหา หรือจำเลยที่โดยหลักแล้วทราบใดที่ศาลยังไม่ได้ตัดสินลงโทษยังถือว่าบริสุทธิ์อยู่และอาจไม่ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาหรือตามคำฟ้องของโจทก์ก็ได้และนอกจากนั้นในการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์นั้นเป็นความผิดที่มีความสลับซับซ้อนเพราะเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับการจะวินิจฉัยว่ามีการกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์เกิดขึ้นหรือไม่จะต้องมีการคัดแยกเหยื่อหรือผู้เสียหายจากคดีค้ำมนุษย์ว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ เสียก่อนโดยผู้เชี่ยวชาญ แต่ปัจจุบันพนักงานสอบสวนของไทยยังขาดความเป็นภาวะวิสัยในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานและการคัดแยกเหยื่อยังไม่มีประสิทธิภาพดีพอ ดังนั้นบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์โดยที่ความเป็นจริงอาจจะไม่ได้กระทำความผิดดังกล่าวก็ต้องได้รับผลกระทบจากบทบัญญัติในมาตรานี้ไปด้วย

นอกจากนั้นบทบัญญัตินี้ยังขัดต่อกฎแห่งการลืม (la loi de l'oubli) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดอายุความของไทย และประเทศในระบบ Civil Law กล่าวคือ

เหตุผลตามหลักเรื่อง “กฎแห่งการลืม” (la loi de l'oubli) ซึ่งเป็นหลักในการกำหนดอายุความตามแนวคิดที่ว่าเมื่อเกิดคดีขึ้นการนำพยานหลักฐานต่างๆ ในที่เกิดเหตุมาพิสูจน์ความผิดแก่ผู้กระทำความผิดจะได้ผลที่สุด ซึ่งเวลาล่วงเลยไปยิ่งนานเท่าใด ความทรงจำยิ่งน้อยลงเท่านั้น ความแม่นยำในเหตุการณ์ที่ผ่านไปถึงลดลง ความยากในการพิสูจน์ทางฝ่ายโจทก์และทางฝ่ายจำเลยยิ่งเพิ่มขึ้น โอกาสผิดพลาดก็ยิ่งมากขึ้น อีกประการหนึ่งเมื่อเวลาล่วงเลยไปจนไม่มีใครสนใจจำเหตุการณ์ที่เป็นความผิดนั้นแล้วก็ย่อมไม่มีประโยชน์อย่างใดที่จะรื้อฟื้นฟ้องร้องพิพากษาลงโทษกันอีกเป็นการก่อความวุ่นวายแก่ประชาชนขึ้นใหม่โดยใช้เหตุ¹³

¹³ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 1321-1322.

นอกจากนี้บทบัญญัติตามมาตรา 21 วรรคแรกนี้ ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้อีกด้วย เพราะพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.2559 มาตรา 33 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้ศาลในคดีค้ามนุษย์มีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้...

(2) จำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับ ผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นแล้วแต่ยังจับตัวไม่ได้

(3) จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้วแต่ได้หลบหนีไปและศาลที่ออกหมายจับแล้ว แต่ยังไม่จับตัวมาไม่ได้...”

ดังนั้นไม่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนีไปในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือระหว่างพิจารณาของศาล ศาลในคดีค้ามนุษย์ก็ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติมาตรา 21 วรรคแรก นี้ก็เพราะไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด

สำหรับในมาตรา 21 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำเลย ถ้าจำเลยหลบหนีไปในระหว่างต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ มีให้นำบทบัญญัติมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ” นั้นก็ไม่สอดคล้องกับนโยบายการลงโทษทางอาญาเพราะ

(1) การที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีอยู่จนพ้นเวลาที่กำหนดไว้ย่อมเป็นการทรมานผู้นั้นพอสมควร เป็นการลงโทษอย่างหนึ่งแล้วไม่ควรลงโทษซ้ำอีก

(2) การที่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีอยู่ได้ด้วยความสะดวกพ้นกำหนดเวลานั้นไม่ทำให้ความผิดเป็นที่สนใจของประชาชนจนถูกจับอีก เป็นการแสดงว่าเขาได้ระมัดระวังการประพฤติตนจนไม่ควรลงโทษอีกแล้ว อายุความและกำหนดล่วงเลยการลงโทษ จึงเป็นเครื่องดลบันดาล ให้ผู้นั้นต้องระมัดระวังไม่กระทำความผิดหรือการใดๆ ที่จะก่อให้เกิดผลต่อความสนใจของประชาชนในตัวเขาขึ้นอีก จึงเป็นนโยบายทางอาญาที่มีผลเป็นการป้องกันความผิดอาญาทางหนึ่ง

(3) หลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุความล่วงเลยการลงโทษ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นมีการกำหนดอายุความล่วงเลยการลงโทษซึ่งจะลงโทษกับผู้นั้นมิได้อีกมีความสัมพันธ์กับอัตราโทษของความผิดที่ได้กระทำนั้น โดยเป็นไปตามสัดส่วนของอัตราโทษของการกระทำผิดนั้นๆ เช่น อายุความห้าปี สำหรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีลงมาหรือโทษอย่างอื่น และอายุความสี่ปีสำหรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกสี่ปีซึ่งเป็นอัตราโทษสูงสุดของการกระทำความผิด เป็นต้น แต่ในการกระทำความผิดในคดีค้ามนุษย์ซึ่งมีการกำหนดอัตราโทษหนักเบาไม่เท่ากันนั้นกลับกำหนดให้ไม่นำหลักในเรื่องอายุความล่วงเลยการลงโทษมาใช้บังคับเหมือนกันโดยไม่มีการคำนึงถึงว่าในความผิดฐานค้ามนุษย์ซึ่งมีอัตราโทษหนักเบาไม่เท่ากัน เช่นเดียวกัน แต่กลับกำหนดให้ไม่มีอายุความเหมือนกัน โดยไม่นำหลักสัดส่วนของอายุความกับอัตรา

โทษมาใช้ จึงอาจเป็นการขัดต่อหลักความเป็นธรรมต่อจำเลยในคดีค้ามนุษย์ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่รุนแรง และอัตราโทษเบาได้

(4) การที่กฎหมายมาตรา 21 บัญญัติให้กรณีผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนีโดยอายุความสะดุดหยุดอยู่หรือไม่มีอายุความนั้น เป็นภาระที่ประเทศไทย จะต้องนำเอาเทคนิคเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาซึ่งใช้เครื่องมือและเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่มีราคาแพง เช่น การพิสูจน์รหัสพันธุกรรม (DNA) หรือการใช้คอมพิวเตอร์ในการพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือ เป็นต้น ซึ่งต้องใช้เครื่องมือและเทคโนโลยีที่มีความซับซ้อนเป็นเรื่องที่ต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูงมากและสิ้นเปลืองงบประมาณเป็นอย่างมาก อีกด้วย

6. ข้อเสนอแนะ แนวทางแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไทย

จากการศึกษาวิจัยปัญหาเกี่ยวกับการค้ามนุษย์กับกระบวนการยุติธรรมของไถยนั้นเห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขดังต่อไปนี้

6.1 ปัญหาเกี่ยวกับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีค้ามนุษย์

1) แก้ไขปรับปรุงกรอบระยะเวลาในการคุ้มครองเหยื่อ

ควรแก้ไขปรับปรุง ระยะเวลาในการคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ให้มีความเหมาะสม กล่าวคือ ระยะเวลาคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 29 นอกจากเป็นระยะเวลาคุ้มครองความปลอดภัยและให้ที่อยู่อาศัยแก่เหยื่อจากการค้ามนุษย์แล้ว ยังมีเหตุผลเกี่ยวกับระยะเวลาในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาพิจารณาชี้ขาดว่าบุคคลเป็นเหยื่อหรือไม่ด้วย ทั้งนี้หากคดีมีลักษณะซับซ้อน เจ้าหน้าที่ตำรวจย่อมต้องอาศัยระยะเวลามากขึ้นในการแสวงหาพยานหลักฐาน อีกทั้งเพื่อให้ผู้ถูกกระทำได้พักผ่อนและใช้เวลาไตร่ตรองว่าจะให้ความร่วมมือกับพนักงานของรัฐหรือไม่ ซึ่งการที่มาตรา 29 ให้ระยะเวลาเพียง 24 ชั่วโมง และขอขยายเวลาได้ไม่เกิน 7 วันนั้นสั้นมาก เช่นกรณีที่ต้องอาศัยผลทางการแพทย์เพื่อพิสูจน์อายุ บุคคล (เกี่ยวกับเหยื่อที่เป็นเด็ก) อาจจะต้องใช้ระยะเวลาระยะหนึ่ง ดังนั้นจึงควรแก้ไขการขอขยายระยะเวลาตามมาตรา 29 ให้มีความยืดหยุ่นมากกว่านี้ โดยเทียบเคียงกับการคัดแยกเหยื่อเป็น 45 วัน เช่นเดียวกับในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ที่กำหนดให้เหยื่อมีระยะเวลาพักผ่อนและตอบสนองถึง 45 วัน

2) แก้ไขคำสั่งของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 419/2556

คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 419/2556 เรื่อง “การกำหนดความยุติธรรมทางอาญาการทำสำนวนการสอบสวนและมาตรการควบคุมตรวจสอบเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญา” ที่ให้พนักงานสอบสวนต้องมีมาตรการควบคุมตรวจสอบและเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญานั้น ซึ่งในกรณีรู้ตัวผู้กระทำความผิดต้องเร่งรัดให้เสร็จภายใน 2 เดือนและสำหรับคดีอุกฉกรรจ์ต้องให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนั้น ควรกำหนดให้มีข้อยกเว้นขยายระยะเวลาในการสอบสวนในคดีค้ำมนุษย์ซึ่งมีปัญหาที่ซับซ้อนเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับมีความยุ่งยากซับซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายและในการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้กระทำความผิดพำนักอยู่ในต่างประเทศ หรือเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือกับรัฐต่างประเทศ ในการสอบสวนข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เป็นต้น

3) ให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติออกระเบียบว่าด้วยการสอบสวนและดำเนินคดีสำหรับคดีค้ำมนุษย์โดยเฉพาะ

เพื่อให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานในคดีค้ำมนุษย์ไปในแนวทางเดียวกันรวมถึงกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้จริงหรือแม้กระทั่งควรจัดตั้งหน่วยงานรับผิดชอบการสอบสวนคดีค้ำมนุษย์ขึ้นมาเป็นการเฉพาะและให้ถือว่าความผิดฐานค้ำมนุษย์เป็นคดีสำคัญที่ต้องเร่งรัดและกระทำด้วยความระมัดระวังรอบคอบ นอกจากนั้นควรจัดทาระบบสารสนเทศเกี่ยวกับคดีค้ำมนุษย์แยกต่างหาก เพื่อความสะดวกในการจัดทำสถิติคดีและเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพของการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีค้ำมนุษย์ต่อไป

6.2 ปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานอัยการในคดีค้ำมนุษย์

จากการศึกษาปัญหาในการคัดแยกเหยื่อและการดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหาย ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานอัยการในคดีค้ำมนุษย์กับการตรวจสอบอำนาจในการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานค้ำมนุษย์ทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

1) ควรปรับปรุงแก้ไขระบบการสอบสวนฟ้องร้องคดีค้ำมนุษย์ ทั้งกรณีทั่วไปและกรณีที่กระทำในลักษณะอาชญากรรมข้ามชาติ

โดยกำหนดให้อำนาจในการสอบสวนรับฟ้องร้องคดีค้ำมนุษย์อยู่ในอำนาจของอัยการองค์กรเดียว โดยให้อัยการมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ การแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน กำหนดรูปคดี ข้อหา และใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรฟ้องคดีกับผู้ต้องสงสัยหรือไม่ในข้อหาใดบ้าง โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานสอบสวนที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจทำการ

สืบสวนสอบสวนการกระทำความผิด และอาจใช้มาตรการจับตัวใดๆ เพื่อป้องกันมิให้ข้อเท็จจริงสูญหายและหลังจากพบพยานหลักฐานให้นำส่งพยานหลักฐานที่รวบรวมได้แก่พนักงานอัยการโดยไม่ชักช้า และเมื่ออัยการได้ทราบการกระทำความผิดโดยคำร้องทุกข์ คำกล่าวโทษหรือโดยประการอื่นให้รวบรวมข้อเท็จจริง เพื่อวินิจฉัยว่าควรดำเนินคดีหรือไม่ โดยอัยการอาจขอทราบข้อเท็จจริงจากพนักงานสอบสวนและอาจทำการสอบสวนด้วยตนเอง หรือให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนให้ก็ได้

2) ยกเลิกเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีในชั้นสอบสวน ตามมาตรา 41

ที่เดิมกำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เพื่อตรวจสอบการเริ่มต้นคดีอาญา ทั้งนี้เนื่องจากคดีคำมนุษย์และคดีตามมาตรา 41 มีความเกี่ยวข้องกันซึ่งจำเป็นต้องฟ้องร้อง โดยองค์กรเดียวกันคือ อัยการตามที่กล่าวมาแล้ว โดยกำหนดให้คดีในลักษณะดังกล่าวอยู่ในอำนาจสอบสวนของพนักงานอัยการ เช่นเดียวกับ คดีคำมนุษย์ และแก้ไขอำนาจในการดำเนินคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีคำมนุษย์ของตำรวจเสียใหม่ซึ่งจากเดิมในปัจจุบันเป็นผู้มีอำนาจในการสอบสวนให้เปลี่ยนเป็นผู้ช่วยพนักงานอัยการในการรวบรวมพยานหลักฐานโดยใช้ความต่อไปนี้แทนข้อความเดิมในมาตรา 41

“ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินคดีพบว่าผู้เสียหายได้กระทำความผิดอาญาอันเกี่ยวกับการถูกค้ามนุษย์ เช่น เข้ามา ออกไป หรืออยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ฐานปลอมหรือใช้ซึ่งหนังสือเดินทางปลอมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีเฉพาะที่เกี่ยวกับการติดต่อ ชักชวนและแนะนำตัว ติดตาม หรือรับเฝ้าบุคคลเพื่อค้าประเวณีและการเข้าไปมั่วสุมในสถานค้าประเวณีเพื่อค้าประเวณีหรือความผิดฐานเป็นคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวให้พนักงานสอบสวน แจ้งให้พนักงานอัยการทราบพร้อมนำส่งพยานหลักฐานที่รวบรวมได้ในคดีให้แก่พนักงานอัยการโดยไม่ชักช้า”

นอกจากนี้โดยที่การดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหายดังกล่าวนั้นเป็นการกำหนดให้อัยการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการไม่ดำเนินคดีกับผู้ต้องสงสัยในคดีที่มีมูล ดังนั้นจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมดุลพินิจในการไม่ดำเนินคดีของอัยการ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยสำนักงานอัยการสูงสุด โดยเทียบเคียงกับกฎหมายของเยอรมนี กล่าวคือ คำนี้ถึงประโยชน์ต่อสาธารณะความหนักเบาของคดีและความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด เป็นต้น

3) ให้เป็นอำนาจของอัยการในการควบคุมตรวจสอบการคัดแยกเหยื่อและเป็นผู้กำหนดมาตรการดำเนินการ ให้แก่เจ้าหน้าที่ในภาครัฐและภาคเอกชนทุกองค์กรให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

โดยหากมีความเห็นที่ขัดแย้งเกี่ยวกับการชี้ขาดว่าบุคคลเป็นผู้เสียหายหรือเป็นเหยื่อในคดี ค้ำมนุษย์หรือไม่นั้นให้พนักงานอัยการเป็นผู้ชี้ขาด

6.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีค้ำมนุษย์

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 14 ในการให้อำนาจศาลที่จะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ อีกประการหนึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ.2559 นี้ได้บัญญัติให้กระบวนการพิจารณาคดีใช้ระบบไต่สวน ศาลจึงสามารถเรียกพยานหลักฐานต่างๆ มาสอบสวนเพิ่มเติมได้เอง จนเป็นที่พอใจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้แก่ผู้เสียหายได้เต็มที่อยู่แล้ว โดยอาศัยหลักตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งความผิดตาม มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอีก หรือหากยังไม่ยกเลิกก็ยังคงมีปัญหาสำหรับกรณีที่บทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าวข้างต้นที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ตามสมควรนั้น แม้จะให้คำนึงถึงพฤติกรรมต่างๆ ของจำเลยประกอบด้วยก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินไปโดยไม่มีขอบเขตและข้อจำกัดในการบังคับใช้ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียตามที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเห็นควรจำกัดอัตราขั้นสูงสุดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ที่ 2 เท่าของจำนวนค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เช่นเดียวกับที่บัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับอื่นๆ ของไทยที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

6.4 ปัญหาเกี่ยวกับอายุความฟ้องคดีค้ำมนุษย์ ในกรณีผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษหลบหนี

ผู้วิจัยเห็นว่าควรยกเลิก มาตรา 21 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีค้ำมนุษย์ พ.ศ.2559 ด้วยเหตุผลที่ได้ศึกษามาไปแล้วข้างต้นโดยเฉพาะในมาตรา 21 วรรคแรก เพราะศาลในคดีค้ำมนุษย์สามารถพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้อยู่แล้วตามมาตรา 33 จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้อายุความสะดุดหยุดอยู่อีกต่อไป

ส่วนในมาตรา 21 วรรคสอง นั้นก็ควรยกเลิกเช่นกันเพราะไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law ซึ่งหลักการในการกำหนดอายุความเป็นไปตามกฎหมายแห่งการลืมและขัดต่อแนวคิดของประเทศระบบกฎหมาย Civil Law อย่างประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องอายุความ ตามมาตรา 95 และมาตรา 98 โดยมีสาระสำคัญคือ

1) กลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายจะใช้หลักเรื่อง “กฎแห่งการลืม” (la loi de l'oubli) เป็นหลักในการกำหนดอายุความในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าเมื่อเกิดคดีขึ้นการนำหลักฐานต่างๆ ในที่เกิดเหตุมาพิสูจน์ความผิดแก่ผู้กระทำความผิดจะได้ผลดีที่สุด เมื่อกระทำ

ให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาอันรวดเร็วยิ่งเวลาล่วงเลยไปนานเท่าใดความทรงจำเกี่ยวกับพยานหลักฐานก็จะยิ่งลดน้อยลงหรือไม่อาจนำพยานมาสืบได้ เนื่องจากพยานหลักฐานสูญหายไปตามกาลเวลา หรือพยานบุคคลถึงแก่ความตายไปก่อนที่จะทำการสืบพยาน ยิ่งระยะเวลาล่วงเลยไปนานเท่าไรก็จะมีใครจดจำเหตุการณ์ที่เป็นความผิดนั้นได้ โอกาสที่จะเกิดความผิดพลาดในการนำพยานบุคคลมาสืบย่อมมีมาก ทำให้เกิดความยุ่งยากในการนำสืบพิสูจน์ทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย

2) การที่ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในทันทีและผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไปจนพ้นกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นการทรมานผู้นั้นพอสมควร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลงโทษอยู่แล้ว จึงไม่ควรลงโทษผู้นั้นซ้ำอีก การที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีไปและไม่ไปกระทำความผิดอีก จนพ้นกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมแสดงว่าผู้นั้นได้ระมัดระวังความประพฤติของตนที่จะไม่ไปกระทำความผิดขึ้นอีก จึงไม่ควรลงโทษผู้นั้นอีกแล้ว การที่ผู้กระทำความผิดต้องระมัดระวังไม่กระทำความผิดขึ้นอีกนี้ถือได้ว่าเป็นนโยบายการลงโทษทางอาญาในการป้องกันความผิดทางหนึ่งอยู่แล้ว

นอกจากนั้นความผิดฐานค้ามนุษย์เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ การวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำผิดฐานค้ามนุษย์หรือไม่นั้นค่อนข้างซับซ้อนและยุ่งยาก นอกจากนั้นยังเกี่ยวกับความเป็นภาวะวิสัยของพนักงานสอบสวนกับการคัดแยกเหยื่อและอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์มีหลายระดับด้วยกัน ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ การที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ที่หลบหนีให้ไม่มีอายุความ โดยไม่คำนึงถึงระดับของการกระทำความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนั้นได้อีกด้วย

บรรณานุกรม

- คณิต ณ นคร. **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
วิญญูชน, 2549.
- จิตติ ดิงศรัทธี. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร:
สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- ณรงค์ ใจหาญ. **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา เล่ม 1**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
วิญญูชน, 2547.
- ดิลก เสริมวิริยะกุล. รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาล
ชั้นต้น รุ่นที่ 8” เรื่อง การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร: สถาบันข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม, 2553.
- _____. **รายงานการวิจัย เรื่อง การเพิ่มค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อละเมิดในประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม, 2553.
- นัทธี จิตสว่าง. **วัตถุประสงค์ในการลงโทษ** [Online]. Available URL: <https://www.gotoknow.org/posts/454719>, 2559 (กันยายน, 18).
- พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560.
- ศิพร โกวิท. “ความเป็นภาวะวิสัยของการสอบสวน.” *วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต*, มหาวิทยาลัย-
ธุรกิจบัณฑิต, 2555.
- สมาชิกสภานิติบัญญัติ. “**เอกสารประกอบร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ.**” หน้า 17.
- สำนักงานวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **การป้องกันปราบปรามการค้ามนุษย์:
วาระแห่งชาติ** [Online]. Available URL: <http://www.parliament.go.th/Library>,
2558 (มิถุนายน, 26).
- สุรัชย์ พวงชูศักดิ์. “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในทางละเมิด.” *เอกสารประกอบการสัมมนาประชุมระดม
สมอง*. กรุงเทพมหานคร: โครงการปรัชญาดุสิตบัณฑิตการสังคมศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
2553.
- Wikipedia. **Non bis in idem** [Online]. Available URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem, 2561 (June, 26).

ความเชื่อมโยงระหว่าง “สิทธิชุมชน” กับ
“ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” ภายใต้
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม

ความเชื่อมโยงระหว่าง “สิทธิชุมชน” กับ “ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม”
ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

Linkage Between “Community Rights” and “Natural Resources and
Environment” under the Thai Constitution B.E.2560

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม**

Assistant Professor Dr.Kanongnij Sribuaiaim

บทคัดย่อ

บทความนี้ถอดความมาจากสาระสำคัญของรายงานการศึกษาวินิจฉัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ซึ่งประกอบด้วยเนื้อหาสองส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 ว่าด้วย

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) โดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 8 กันยายน 2561. รายชื่อคณะผู้วิจัย: ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม นักวิจัยหลักและหัวหน้าโครงการ, ดร.ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล นักวิจัย, อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย นักวิจัย และนายदनัยภัทร โกคณิศ ผู้ช่วยนักวิจัย.

Final report of a research on “Linkage between Community Rights and Natural Resources and Environment under the Thai Constitution B.E.2560”, proposed to the Office of the National Human Right Commission of Thailand, conducted by Assistant Professor Dr. Kanongnij Sribuaiaim and others, Legal Development Research Center, Faculty of Law, Chulalongkorn University. September 8th, 2018. List of research team: Assistant Professor Dr. Kanongnij Sribuaiaim (Main Researcher and Head of Research Team), Dr. Theeravuth Temsiriwattanakul (Researcher), Lecturer TanachaiSuntanonantachai (Researcher), and Mr. DanaiphatPhogavanija (Researcher Assistant).

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปริญญาตรี สาขาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศศึกษา International Pacific College, New Zealand., น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. at Harvard Law School, USA., Docteur de L’ universite de Nantes, Droit public de L’ environnement, University of Nantes, France. E-mail: ajarnnoi@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Chulalongkorn University; LL.B. at Chulalongkorn University, B.A. of International Environmental Studies at International Pacific College, New Zealand, LL.M. Chulalongkorn University, LL.M. Harvard Law School. Harvard University USA., Docteur de l’universite de Nantes, Droit public de l’environnement, University of Nantes, France.

วันที่รับบทความ (received) 14 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 1 มีนาคม 2562.

องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และส่วนที่ 2 ว่าด้วยแนวปฏิบัติในการรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

โดยเนื้อหาในส่วนที่ 1 เป็นเรื่องแนวคิดและหลักการทั้งในมติกฎหมายระหว่างประเทศและมติกฎหมายภายในประเทศ สำหรับมติกฎหมายระหว่างประเทศ พบว่า ในบรรดาตราสารระหว่างประเทศทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นตราสารด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยผูกพันเป็นภาคีหรือที่ไม่มีผลผูกพันก็ดี หรือตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมก็ดี ไม่มีฉบับใดนิยามคำว่า “สิทธิชุมชน (Community Rights)” ไว้ หรือรับรองสิทธิชุมชนในฐานะ “สิทธิเชิงกลุ่ม (Group’s Rights)” ที่เป็นเอกเทศออกมาจาก “สิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights)” ไว้แต่อย่างใดในมติกฎหมายภายใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 (2) บัญญัติให้ “ชุมชนมีสิทธิ” จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืน ตามวิธีการที่ “กฎหมายบัญญัติ” นอกจากนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 มาตรา 4 ได้ขยายนัยของคำว่า “สิทธิมนุษยชน (Human Rights)” โดยให้รวมถึง “สิทธิในรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)” ด้วย ทำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งปกติมีอำนาจตรวจสอบ “การละเมิดสิทธิมนุษยชน” มีอำนาจในการตรวจสอบ “การละเมิดสิทธิชุมชน” ด้วย

สำหรับเนื้อหาในส่วนที่ 2 เป็นการออกแบบแนวปฏิบัติเพื่อรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นการออก “กฎหมายลูก” เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยได้เสนอแนะให้ปรับแต่งโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายแบบดั้งเดิม (Traditional Legal Infrastructure) และให้นำ “พหุลักษณะทางกฎหมาย (Legal Pluralism)” มาใช้ ซึ่งหมายถึงการมีกฎหมายสองชุดที่นำเสนอคุณค่าที่ต่างกันมาใช้ร่วมกันภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกันเพื่อสร้างความสมดุลและความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจรัฐนิยม (State-power oriented) และปัจเจกชนนิยม (Individualism) กับชุมชนนิยม (Communitarianism)

นอกจากนี้ แนวปฏิบัติยังเสนอให้สร้างความเชื่อมโยงในอีกสองเรื่อง เรื่องแรก คือ ความเชื่อมโยงระหว่างสำนักความคิดทางกฎหมายเชิงอำนาจรัฐนิยม กับ สำนักความคิดทางกฎหมายเชิงชุมชนนิยม เรื่องที่สอง คือ ความเชื่อมโยงระหว่างระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยรัฐ (State Property Regime) กับ ระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชน (Common Property Regime) ในที่สุด เพื่อให้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ แนวปฏิบัติเสนอให้นำ “การจัดการร่วมที่มีชุมชนเป็นฐาน (Community-based Co-management)” มาเป็นฐานคิดในระบบกฎหมายไทยสำหรับการดำเนินการต่างๆ ในประเด็นต่อไปนี้ 1) แนวทางการใช้สิทธิของชุมชนที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43

2) การดำเนินการตามหน้าที่ของรัฐเพื่อประกันสิทธิของชุมชน ตลอดจนสิทธิของชุมชนในการติดตามและเร่งให้รัฐดำเนินการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 มาตรา 57 และมาตรา 58 และ 3) บทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการสนับสนุน/ส่งเสริมสิทธิของชุมชนตามข้อ 1) และข้อ 2)

Abstract

This article is extracted from the main substance of the final report of the research on “Linkage between Community Rights and Natural Resources and Environment under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560” composed of two parts: part one on knowledge relating to community rights in the dimensions of natural resources and environment, and part two on practical guidelines for recognizing the community rights according to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560.

With regard to Part One, the context is about concepts and principles on both dimensions: international law and domestic law. Under international law, it is found that among different international instruments: on human rights to which Thailand is or is not a party, or on environment, none of them defines the so-called “Community Rights”, nor recognizes the Community Rights as a “Group’s Rights” as an independent type of rights separated from “Individual Rights”. Under domestic law, the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 stipulates that “community has the rights” to manage, maintain and utilize natural resources, environment and biodiversity in a balanced and sustainable manner, in accordance with the procedures provided by law. In addition, Article 4 of the Organic Act on National Human Rights Commission, B.E. 2560 extends the definition of “Human Rights” to cover “Constitutional Rights”, making the National Human Rights Commission who basically has authority to investigate violation of human rights also has power to investigate the infringement of community rights.

Concerning Part Two, practical guidelines are designed to recognize the community rights in accordance with the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 especially in making legislations to implement the community rights as provided for in the Constitution. To accomplish this, it is proposed that the “traditional legal infrastructure” must be adjusted with the introduction of “legal pluralism”, covering two sets of law representing different values but working

together under the same legal system, in order to bridge and balance between State-power oriented and individualism, and communitarianism.

Besides, the guidelines propose two connections to be established: the first is the connection between legal school of thought with State-power oriented versus legal school of thought promoting communitarianism, the second is the connection between “State Property Regime” and “Common Property Regime” in co-managing the natural resources and environment. Finally, to translate the principles of community rights from the Constitution into the legislation, the guidelines recommend the so-called “Community-based Co-management” as the basis of the Thai legal system in implementing the following issues: 1) Direction on how to exercise the right of community relating to the environment according to Article 43 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560. 2) Performance of the State Duty to guarantee the rights of community, and rights of community to follow up and urge the State to comply with Article 51, Article 57 and Article 58 of the Constitution. 3) Role of the Office of the National Human Right Commission of Thailand in supporting the rights of community as mentioned in 1) and 2)

คำสำคัญ: สิทธิชุมชน, สิ่งแวดล้อม, รัฐธรรมนูญ

Keywords: community rights, environment, constitution

1. บทนำ

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 พบว่าบทบัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยตรงปรากฏอยู่ในสองส่วน ส่วนแรก ได้แก่ บทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยบัญญัติให้ทั้งบุคคลและชุมชนมีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม แต่มีได้บัญญัตินิยามประเภท ลักษณะ หรือเงื่อนไขของชุมชนที่จะเป็นผู้มีสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด ส่วนที่สอง ได้แก่ บทบัญญัติในหมวด 5 ว่าด้วยหน้าที่ของรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหน้าที่ของรัฐในกรณีต่างๆ ดังนี้

1) หน้าที่ของรัฐในการอนุรักษ์และใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการดำเนินการและได้รับประโยชน์

2) หน้าที่ของรัฐในกรณีหากมีการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาต ซึ่งอาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้รัฐต้องมีหน้าที่ต่างๆ ในกรณีดังกล่าว ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ของรัฐในการดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนหรือชุมชน ก่อนการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาต

(2) หน้าที่ของรัฐในการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้อง ก่อนการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาต

(3) หน้าที่ของรัฐในการจะต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชนสิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด

(4) หน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและไม่ชักช้า

ถึงแม้ว่าแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนในมิติที่เชื่อมโยงกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยจะได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญมาแล้วถึงสามฉบับ¹

¹ ได้แก่ 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุล และยั่งยืน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่ในทางปฏิบัติทั้งที่ผ่านมาและในปัจจุบัน พบว่า ประเทศไทยยังคงมีปัญหาสิ่งแวดล้อมในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชน ดังจะเห็นได้จากการดำเนินโครงการขนาดใหญ่ทั้งของภาครัฐและเอกชนที่ไม่ได้มีการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอย่างเหมาะสม มักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนในพื้นที่ที่โครงการเหล่านั้นตั้งอยู่ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาสภาพอากาศ แหล่งน้ำในการอุปโภคบริโภค สุขภาพของคนในชุมชน วิถีชีวิตของชุมชน ความอุดมสมบูรณ์ของสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนไป ตลอดจนฐานทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นแหล่งทำกินของคนในชุมชน ในบางโครงการยังมีปัญหาการเผชิญหน้ากันระหว่างประชาชนกลุ่มที่สนับสนุนกับประชาชนกลุ่มที่ต่อต้าน การดำเนินโครงการ ส่งผลให้เกิดความไม่ไว้วางใจระหว่างชาวบ้านด้วยตนเอง และระหว่างชาวบ้านในพื้นที่กับประชาชนทั่วไปในสังคม รวมทั้งระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย นอกจากนี้ ปัญหาในการนำสิทธิชุมชนไปใช้ยังรวมถึงความเข้าใจในคำว่าสิทธิชุมชนที่แตกต่างหลากหลายด้วย นำไปสู่ปัญหาแนวทางปฏิบัติต่างๆ ตามมา ดังนั้น แนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนที่เชื่อมโยงกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงมีประเด็นต่างๆ ที่ต้องการความชัดเจนในทางวิชาการ สามารถอธิบายได้ด้วยหลักการและทฤษฎี พันธกรณีระหว่างประเทศ และสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย เพื่อนำไปสู่ความชัดเจนในการจัดทำแนวทางปฏิบัติในการรับรองสิทธิชุมชนของไทยต่อไป

2. ส่วนที่หนึ่ง: องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง “สิทธิชุมชน” กับ “การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” มีเนื้อหาทั้งในมติกฎหมายระหว่างประเทศ และมติกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

มาตรา 66 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษหรือฟื้นฟูวิถีชีวิตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน” 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (1) (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”.

2.1 หลักการและแนวคิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ในการทำงานขับเคลื่อนเรื่องสิทธิชุมชนในสังคมไทยที่ผ่านมา พบว่า มักจะมีผู้อ้างว่า “สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิมนุษยชน” ดังนั้น ผู้ใดละเมิดสิทธิชุมชนย่อมมีผลเท่ากับละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย ในทางวิชาการ สิทธิชุมชนจะถือเป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาทำนองเดียวกับสิทธิมนุษยชนประเภทอื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งใน “ตราสารระหว่างประเทศ(International Instruments)” ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและใน “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law)” อันเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก ซึ่งถือว่าเป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนตามหลักสากล หากไม่ปรากฏอยู่ในตราสารหรือจารีตประเพณีดังกล่าว “สิทธิชุมชน” อาจจะมีค่าบังคับเป็นเพียง “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)” ที่ใช้บังคับได้แต่เพียงภายในประเทศไทยหรือในบางประเทศที่รับรองสิทธิเช่นนั้น ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่า “สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิมนุษยชน” ตามหลักสากลหรือไม่ จำต้องค้นหานิยามหรือแนวทางในการคุ้มครอง “สิทธิชุมชน” ตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งในที่นี้ได้ศึกษา ทั้งในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม

1) ความมีอยู่และสถานะของ “สิทธิชุมชน (Community Rights)” ในตราสารระหว่างประเทศ

จากการศึกษาความมีอยู่และสถานะของ “สิทธิชุมชน (Community Rights)” ในมติกฎหมายระหว่างประเทศ โดยพิจารณาจากตราสารระหว่างประเทศประเภทต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจแยกออกเป็นสองประเภท ได้แก่ ตราสารระหว่างประเทศ “ด้านสิทธิมนุษยชน” กับ ตราสารระหว่างประเทศ “ด้านสิ่งแวดล้อม” โดยในแต่ละประเภทยังสามารถแบ่งออกเป็นตราสารระหว่างประเทศ “ที่มีผลผูกพัน (Binding)” กับ ตราสารระหว่างประเทศ “ที่ไม่มีผลผูกพัน (Non-binding)”

(1) ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ซึ่งเมื่อพิจารณาตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยผูกพันเป็นภาคี² พบว่ามีได้มีการนิยามหรือรับรองคุ้มครอง “สิทธิชุมชน” อย่างชัดเจน หรือหากจะมีการใช้คำว่า “ชุมชน (Community)” ในตัวบทของตราสารส่วนมากก็เป็นแต่เพียงการบัญญัติรับรอง

²มีทั้งหมด 8 ฉบับ ได้แก่ 1) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 4) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ.1979 5) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไม่มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ.1984 6) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของชนพิการ ค.ศ.2006 8) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการบังคับให้หายสาบสูญ ค.ศ.2006.

“สิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights)” ในการจะเข้าไปมีส่วนร่วมใน “ชุมชน” ของตนเองนั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรอง “เสรีภาพในการเข้าร่วมกับชุมชน (Freedom of Participation with Community)” มากกว่าจะหมายความว่า “สิทธิของชุมชน (Rights of Community)” หรือ “สิทธิชุมชน (Community Rights)” แยกออกมาต่างหากและเป็นเอกเทศจาก “สิทธิของปัจเจกบุคคล”

สำหรับตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ไม่มีผลผูกพันประเทศไทย ในฐานะภาคีของสนธิสัญญา แต่อาจมีผลผูกพันในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศตาม หลักกฎหมายระหว่างประเทศ³ นั้น พบว่าตราสารเหล่านี้มิได้บัญญัติรับรอง “สิทธิชุมชน” ไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มีตราสารอยู่หนึ่งฉบับซึ่งมีความใกล้เคียง คือ ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ซึ่งได้รับรองสิทธิประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Rights of Traditional Indigenous Peoples)” แต่การรับรองสิทธิดังกล่าวเป็นการรับรอง “สิทธิชุมชน” ของกลุ่มชนเฉพาะบางกลุ่มชนเท่านั้น โดยกลุ่มชนดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็น “ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Community of Traditional Indigenous People)” บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ได้รับรอง “สิทธิของชุมชนในกรณีชุมชนต่างๆ ไป” แต่อย่างใด นอกจากนี้ ในบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่มีการนิยามคำว่า “สิทธิชุมชน” ในความหมายทั่วไปอีกด้วย

(2) ตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม

นอกจากตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมทั้งประเภทที่มีผลผูกพันและประเภทที่ไม่มีผลผูกพัน สำหรับตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่มีผลผูกพัน⁴ ในส่วนที่ว่าด้วยอารัมภบทได้เรียกร้องให้รัฐภาคีต้องตระหนักถึงความสำคัญและบทบาทของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น”⁵

³มีทั้งหมด 3 ฉบับ ได้แก่ 1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948) ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ค.ศ.2007 3) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติหรือชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ค.ศ.1992.

⁴อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992.

⁵อารัมภบท - ตระหนักถึงการพึ่งพาอาศัยอย่างใกล้ชิดและตามขนบประเพณีเดิมของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น” ซึ่งใช้ทรัพยากรชีวภาพในการดำเนินชีวิตตามขนบประเพณีเดิมและถึงความปลอดภัยในอันที่จะแบ่งปันอย่างเท่าเทียมของผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ประโยชน์ความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติที่สืบทอดมาตามประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน (Preamble - Recognizing the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge,

และกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องเคารพ สงวนรักษา และดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น” ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้รับรอง “สิทธิชุมชน” โดยตรง

ส่วนตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่ไม่มีผลผูกพัน⁷ นั้น ไม่มีตราสารฉบับใดที่กล่าวถึงคำว่า “สิทธิชุมชน” โดยตรง คงมีบางตราสารที่ระบุคำว่า “ชุมชน (Community)” ในด้าน “ความรับผิดชอบ” ของชุมชนที่จะต้องมี “หน้าที่” ในการดูแลรักษาโลกสำหรับอนาคต⁸ หรือ

innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components.).

มาตรา 8 การอนุรักษ์ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติแต่ละภาคีจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้และเท่าที่เหมาะสม (เจ) ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายภายในประเทศ การให้ความเคารพ สงวนรักษา และดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น ซึ่งปรากฏในการดำเนินชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และส่งเสริมการประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ด้วยมีความเห็นชอบและการเข้าร่วมของผู้ทรงความรู้ เจ้าของประดิษฐ์กรรมและผู้ถือปฏิบัติอื่นๆ และสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติอื่นๆ (Article 8 - In-situ Conservation - Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.).

มีทั้งหมด 3 ฉบับ ได้แก่ 1) ปฏิญญา (สต็อกโฮล์ม) แห่งการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ.1972 2) ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992 3) ปฏิญญาโจฮันเนสเบิร์ก ว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืน ค.ศ.2002.

⁸ปฏิญญา (สต็อกโฮล์ม) แห่งการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ.1972 ในส่วนที่ว่าด้วยคำปรารภ ระบุว่า “เพื่อบรรลุความมุ่งหมายด้านสิ่งแวดล้อม สมควรกำหนดการยอมรับในความรับผิดชอบของพลเมือง ชุมชน วิชาชีพ และสถาบันทุกระดับชั้นทั้งปวงต่างมีส่วนร่วมในความพยายามอย่างเท่าเทียมกัน ปักเจกบุคคลทั้งมวล ไม่ว่าอาชีพใด หรือองค์กรในสาขาใด ต่างมีคุณค่าและโดยการดำเนินการที่จะช่วยสร้างสิ่งแวดล้อมโลกในอนาคต (Preamble - To achieve this environmental goal will demand the acceptance of responsibility by citizens and communities and by enterprises and institutions at

บางตราสารที่กล่าวถึง “ชุมชนท้องถิ่น (Local Community)” และ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Traditional Indigenous Community)” ในลักษณะที่ให้ “รัฐส่งเสริมชุมชน” ทุกชุมชนให้มีบทบาทด้านการรักษาสีงแวดล้อม โดยมีได้มี “นัยสำคัญ” ที่จะคุ้มครอง “สิทธิชุมชน” ประหนึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งแต่อย่างใด¹⁰ และบางตราสารก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงคำว่า “ชุมชน” หรือ “สิทธิชุมชน”¹⁰ เลย

เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่า ตราสารระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมเหล่านี้สนับสนุนให้ “รัฐทั้งหลาย” ส่งเสริมบทบาทของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม” และ “ชุมชนท้องถิ่น” ในฐานะที่เป็นกลไกหรือมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองดูแลทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืน โดยมุ่งให้ชุมชนดังกล่าวมี “หน้าที่ (Duties)” ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายในชุมชนของเขามากกว่าการรับรอง “สิทธิ (Rights)” ของชุมชน ดังนั้น เจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติเหล่านี้ จึงไม่ได้มุ่งเน้น “การคุ้มครองสิทธิของชุมชน” มากไปกว่า “การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม”

2) “สิทธิชุมชน (Community Rights)” แตกต่างจาก “สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Rights)” และ “สิทธิชนกลุ่มน้อย (Minority Rights)”

ถึงแม้ว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจะไม่มีกรอบบัญญัติรับรอง “สิทธิชุมชน” กรณีต่างๆ ไปเป็นเอกเทศแยกต่างหากจาก “สิทธิของปัจเจกบุคคล” อย่างชัดเจน แต่การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มคนบางกลุ่ม เช่น สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Rights)¹¹ และสิทธิ

every level, all sharing equitably in common efforts. Individuals in all walks of life as well as organizations in many fields, by their values and the sum of their actions, will shape the world environment of the future.)”.

⁹ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992 ในหลักการ 22 ระบุว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม และ “ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนท้องถิ่น” มีบทบาทสำคัญในการจัดการสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา เพราะความรู้และประเพณีปฏิบัติของพวกเขา รัฐควรรับรอง และสนับสนุน อัตลักษณ์ วัฒนธรรม และผลประโยชน์ และเพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพในการพัฒนาอย่างยั่งยืนให้เป็นผลสำเร็จ (Principle 22 - Indigenous people and their communities and other local communities have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices. States should recognize and duly support their identity, culture and interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development.)”.

¹⁰ปฏิญญาโจฮันเนสเบิร์กว่าด้วยการพัฒนาอย่างยั่งยืน ค.ศ.2002.

¹¹คำว่า “Indigenous Peoples” กระทรวงการต่างประเทศของไทยใช้คำแปลว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ในขณะที่ทบศกความบางแหล่งใช้คำว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” สำหรับในงานวิจัยนี้ใช้คำแปลว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ตามคำแปลมาตรฐานของกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนระหว่างชนเผ่า ชนกลุ่มน้อย กับชน

ชนกลุ่มน้อย (Minority Rights) ยังคงมีปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอยู่บ้าง¹² อย่างไรก็ดี “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)”¹³ ก็คือ “ชนกลุ่มน้อย (Minorities)”¹⁴

พื้นเมืองดั้งเดิมซึ่งมีความหมายที่แตกต่างกันตามที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยประชากรชาวพื้นเมืองและชนเผ่า ค.ศ.1989 (Indigenous and Tribal populations Convention, 1989) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งแยกใช้ถ้อยคำระหว่าง Indigenous (ชนพื้นเมืองดั้งเดิม) กับ Tribal (ชนเผ่า).

¹² ตราสารระหว่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิของ “สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ได้แก่ 1) อนุสัญญาว่าด้วยชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชนเผ่า (ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ) ค.ศ.1989 และ 2) ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ค.ศ.2007 ส่วนตราสารระหว่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิของ “ชนกลุ่มน้อย” ได้แก่ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ค.ศ.1992.

¹³ นิยามของคำว่า “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม (Indigenous Peoples)” ยังไม่เป็นที่ยุติ **ความเห็นที่ 1** โดย Ravindran เห็นว่าหมายถึง “ผู้ที่สืบเชื้อสายจากบรรพบุรุษซึ่งดำรงอยู่ในดินแดนของประเทศทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน เมื่อผู้คนต่างวัฒนธรรมหรือชาติพันธุ์จากดินแดนอื่นได้เดินทางมาถึงและได้ปราบปรามชนเหล่านั้นเพื่อตั้งหลักปักฐานขึ้นหรือด้วยวิธีอื่นใด ทำให้ชนกลุ่มแรก (ชนพื้นเมืองดั้งเดิม) หมดความสำคัญหรืออยู่ในสถานะของการตกเป็นอาณานิคม และชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็ยังดำเนินวิถีชีวิตต่อไปตามจารีตประเพณีของตนเอง ทั้งในทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม มากกว่าปฏิบัติตามเกณฑ์ของประเทศที่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมเป็นส่วนหนึ่งอยู่ แม้ว่าลักษณะทางสังคมและวัฒนธรรมของประชากรกลุ่มอื่นจะมีอิทธิพลครอบงำก็ตาม” (From Human rights Praxis: A Resource book for study, action and reflection (pp. 215), by R.J Ravindran, 1988 The Asian Forum for Human rights and development.) **ความเห็นที่ 2** โดย Martinez Cobo เห็นว่าหมายถึง “ชุมชน (Communities) คน (Peoples) และชนชาติ (Nations) ชาวพื้นเมืองทั้งหมดหรือบางส่วน จะต้องมีความต่อเนื่องทางประวัติศาสตร์กับสังคมยุคก่อนการรุกราน (Pre-invasion) และยุคก่อนอาณานิคม (Pre-colonial) ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในดินแดนของชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะมีความแตกต่างไปจากภาคส่วนอื่นของสังคมที่มีอยู่ในดินแดนปัจจุบัน ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะได้อยู่ในสังคมชนชั้นผู้นำที่มีอำนาจอยู่ในปัจจุบัน และมุ่งมั่นที่จะรักษา พัฒนา และถ่ายทอดสู่อนาคตชนตามดินแดนแห่งบรรพบุรุษของพวกเขา รวมทั้งอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์ (Ethnic Identity) อันเป็นฐานของการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องในฐานะประชาชน (คน) ตามรูปแบบทางวัฒนธรรมสถาบันทางสังคม และระบบกฎหมายของตน” (Jose R. Martinez Cobo, the Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, in his famous Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations. Available at PFII/2004/WS.1/3, Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, Division for Social Policy and Development, Department of Economic and Social Affairs United Nations. New York, 19-21 January 2004.).

¹⁴ ปัจจุบันไม่มีตราสารระหว่างประเทศฉบับใดให้นิยามของคำว่า “ชนกลุ่มน้อย (Minorities)” คงมีแต่กำหนดลักษณะบางประการไว้ เช่น Article 27 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ก็ดี ต่างก็มีความหมายและลักษณะเฉพาะตัวตั้งนั้น เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของชุมชนสองประเภทดังกล่าว จึงไม่ควรนำมาใช้ปะปนกับ “สิทธิชุมชน” โดยทั่วไปถึงกระนั้นก็ตาม การทราบถึงลักษณะของการรับรองคุ้มครองสิทธิของกลุ่มคนทั้งสองประเภทดังกล่าว อาจมีประโยชน์หากนำมาเทียบเคียงกับกรณีของ “สิทธิชุมชน” โดยอาจหยิบยืมวิธีการบางเรื่องเท่าที่เป็นประโยชน์ และเหมาะสม ที่จะนำมาเป็นต้นแบบเพื่อประยุกต์ใช้กับการคุ้มครอง “สิทธิของชุมชน” ในการพิจารณาความเหมาะสมดังกล่าว จะเห็นว่า การคุ้มครอง “สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม” มีความเข้มข้นมากกว่า “สิทธิชนกลุ่มน้อย” เนื่องจากลักษณะเฉพาะของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” มีองค์ประกอบของความเป็นเจ้าของพื้นที่ซึ่งอาศัยมาก่อนคนส่วนใหญ่ที่เข้ามาครอบครองภายหลัง ซึ่งต่างจาก “ชนกลุ่มน้อย” ที่ไม่ได้มีองค์ประกอบดังกล่าว ปฏิญญาว่าด้วยชนพื้นเมืองดั้งเดิมจึงกำหนดสิทธิต่างๆ ให้แก่ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” มากกว่า “ชนกลุ่มน้อย” ส่วนการคุ้มครอง “ชนกลุ่มน้อย” นั้น เป็นการคุ้มครองจากการถูกเลือกปฏิบัติจากคนส่วนใหญ่ ทำให้สิทธิที่ “ชนกลุ่มน้อย” จะได้รับการคุ้มครองก็คือสิทธิที่คนส่วนใหญ่ได้รับการคุ้มครองอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องหยิบยืม “สิทธิชนกลุ่มน้อย” มาปรับใช้กับ “สิทธิชุมชน”

ทั้งนี้ หากจะเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสิทธิชุมชน สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิของชนกลุ่มน้อยเพื่อนำไปสู่การนำสิทธิทั้งสองประการไปปรับใช้กับสิทธิชุมชนอาจเปรียบเทียบเพียงเพื่อให้เห็นภาพในทางวิชาการ ณ ปัจจุบันได้พอสังเขป ดังนี้

ก. ด้านพัฒนาการของสิทธิ สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมและสิทธิของชนกลุ่มน้อยมีหลักฐานด้านพัฒนาการในการรับรองสิทธิมาจากกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับได้มีการกล่าวถึงสิทธิทั้งสองประเภท และมีแนวโน้มในการชักจูงให้สังคมระหว่างประเทศให้ความเคารพ คุ้มครองสิทธิทั้งสองประเภทมาโดยตลอด ในขณะที่สิทธิชุมชนนั้นไม่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาแต่ต้น แต่กลับพบว่าปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของบางประเทศที่มีบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิชุมชนมีพัฒนาการมาจากกฎหมายภายในเสียมากกว่าจะมีการพัฒนามาจากกฎหมายระหว่างประเทศ

เมือง ค.ศ.1966 กำหนดว่า “ในรัฐทั้งหลายซึ่งมีชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา หรือภาษาอยู่ บุคคลผู้เป็นชนกลุ่มน้อยดังกล่าวจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิในอันที่จะมีวัฒนธรรมของตนเอง หรือนับถือศาสนาและประกอบพิธีกรรมทางศาสนาของตนเอง หรือใช้ภาษาของตนเอง ภายในชุมชนร่วมกับสมาชิกอื่นๆของชนกลุ่มน้อย” ซึ่งอาจสรุปลักษณะของชนกลุ่มน้อยได้ดังนี้ 1) เป็นประชาชนส่วนน้อยที่อยู่ร่วมกับประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ 2) ลักษณะของชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษามีความแตกต่างจากคนส่วนใหญ่ และ 3) มีความมุ่งมั่นที่จะธำรงไว้ซึ่งความแตกต่างทางวัฒนธรรม ประเพณี ภาษา และศาสนา.

ข. ด้านผู้ทรงสิทธิ หากพิจารณาแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิจะเห็นได้ว่า สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิชุมชน มีแนวคิดในการคุ้มครอง “กลุ่มบุคคล (Group)” อันเป็น**สิทธิเชิงกลุ่ม (Group rights)** โดยสังเกตได้จากถ้อยคำในตัวบทภาษาอังกฤษของปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ค.ศ.2007 ที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของIndigenous Peoples โดยคำว่า People นั้น โดยปกติเป็นพหูพจน์ซึ่งมีความหมายทั่วไปหมายถึง “ประชาชน” แต่ในตัวบทนี้จึงใช้คำว่า “Peoples” โดยเติม s อันเป็นการใช้พหูพจน์ซ้อนกันซึ่งแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ประการหนึ่ง คือ ให้ความหมายเฉพาะซึ่งหมายถึง “กลุ่มของประชาชน” ไม่ใช่เพียงประชาชนแต่ละคนในกลุ่มนั้นๆ เท่านั้น นอกจากนี้ ถ้อยคำในตัวบทดังกล่าวยังมีการแยกกันชัดเจนระหว่างคำว่า “Indigenous Individuals” กับ “Indigenous Peoples” ด้วย¹⁵ เนื่องจากต้องการเน้นให้เห็นถึง “ผู้ทรงสิทธิ” ที่กฎหมายต้องการคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่นเดียวกับคำว่า “ชุมชน (Community)” ซึ่งมีความหมายในเชิงกลุ่มเช่นกัน ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีเหตุผลใดๆ ที่จะตีความว่าสิทธิชุมชนเป็นสิทธิเชิงเดี่ยว เนื่องจากปัจเจกบุคคลแต่ละคนที่เป็นสมาชิกของชุมชนมีสิทธิเชิงเดี่ยวเป็นสิทธิพื้นฐานครบถ้วนอยู่แล้วในตัว (เว้นแต่เป็นคนที่ต้องดูแลเป็นพิเศษ เช่น คนพิการ เด็ก สตรี เป็นต้น) ดังนั้น หากจะคุ้มครองสิทธิอย่างอื่นเพิ่มเติมจากสิทธิเชิงเดี่ยวที่ทุกๆ คนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน จะต้องหาเหตุผลมาอธิบายได้ว่าเป็นเพราะเหตุใดบุคคลคนนั้นต้องมีสิทธิเหนือกว่าคนอื่นๆ ในสังคมเพียงเพราะได้อยู่ในชุมชนหนึ่งๆ โดยเหตุผลดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วย ดังนั้น สิทธิทั้งสองประเภท คือ สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิชุมชน จึงมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครอง “กลุ่มคน” ผู้ทรงสิทธิจึงเป็นกลุ่มคนเป็นสำคัญ มากกว่ามุ่งคุ้มครอง “แต่ละคน (Individual)” ในกลุ่มซึ่งแต่ละคนนั้นย่อมมีสิทธิเชิงเดี่ยวเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว

ส่วนสิทธิของชนกลุ่มน้อยนั้น หากพิจารณาในตัวบทภาษาอังกฤษของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่เป็นชนกลุ่มน้อยทางสัญชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา และภาษา ค.ศ.1992 จะพบว่าตัวบทหลายมาตราใช้คำว่า “Persons belonging to minorities have the right to...” แสดงให้เห็นว่าตราสารดังกล่าวประสงค์คุ้มครอง “บุคคลแต่ละคนที่เป็นชนกลุ่มน้อย” มิใช่คุ้มครอง “กลุ่มของชนกลุ่มน้อย” แต่อย่างใด ผู้ทรงสิทธิในสิทธิของชนกลุ่มน้อยจึงมีลักษณะเป็น “**สิทธิเชิงเดี่ยว (individual rights)**” มากกว่าที่จะเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม เช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิของคนในกลุ่มต่างๆ ที่กฎหมายระหว่างประเทศได้ให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษด้วยเหตุผลต่างๆ ซึ่งมี

¹⁵ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ค.ศ.2007 เช่น มาตรา 1,มาตรา 2, มาตรา 7, มาตรา 8, มาตรา 9, มาตรา 14, มาตรา 17 ฯลฯ.

ลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิเชิงปัจเจกบุคคล เช่น สิทธิของเด็ก สิทธิของสตรี สิทธิของคนพิการ สิทธิของเพศทางเลือก เป็นต้น

ค. ด้านคุณสมบัติของผู้ทรงสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิมนั้น มีแนวคิดในการคุ้มครองกลุ่มชนที่ถูกรุกรานหรือถูกแย่งการปกครองในลักษณะเดียวกับการล่าอาณานิคม กฎหมายระหว่างประเทศจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของกลุ่มชนเหล่านั้นให้กลับคืนดั้งเดิมเสมือนหนึ่งไม่เคยตกอยู่ในอาณานิคมของชนชั้นปกครองในปัจจุบัน ดังนั้น การจะเป็นชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้จะต้องปรากฏลักษณะของการเข้ามารุกรานแย่งเอาการปกครองของกลุ่มคนเหล่านี้เป็นสำคัญด้วยตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น โดยชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาจเป็นคนส่วนน้อยหรือเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศก็ได้ ส่วนชนกลุ่มน้อยนั้น มีทั้งส่วนที่เหมือนและส่วนที่ต่างจากชนพื้นเมืองดั้งเดิม โดยส่วนที่สำคัญได้แก่ ชนกลุ่มน้อยมักจะเป็นผู้อยู่ภายหลังจากที่ชนชั้นปกครองในปัจจุบันได้เข้าปกครองประเทศไปแล้ว หรือหากเป็นผู้อยู่มาก่อนชนชั้นปกครองปัจจุบัน ชนกลุ่มน้อยที่อยู่มาก่อนนั้นก็ไม่ได้รับผลกระทบจากการเข้าปกครองของชนชั้นปกครองปัจจุบันเนื่องจากได้แยกตัวออกจากสังคมของชนส่วนใหญ่ไปอยู่ตามภูเขา หรือดินแดนห่างไกลแต่ต้น สำหรับคำว่า “ชุมชน” นั้นไม่ได้มีนิยามกันในตราสารระหว่างประเทศ จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐจะนิยามกันเสียมากกว่า อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิ จึงจำเป็นต้องกำหนดเอกลักษณ์ ลักษณะเฉพาะ หรือขอบเขตของชุมชนที่จะมีสิทธิใดๆ ไว้ให้ชัดเจน เพราะคำว่าชุมชนเป็นคำที่มีความหมายต่างๆ ไป

ง. ด้านสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองเพิ่มเติมเป็นที่เข้าใจว่า ปัจเจกบุคคลแต่ละคนในสังคมย่อมต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเท่าเทียมกันตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเท่าที่มีอยู่ แล้ว ดังนั้น การกำหนดตัวผู้ทรงสิทธิเพิ่มขึ้นมา ย่อมหมายความว่า บุคคลเหล่านั้นต้องเป็นผู้สมควรได้รับสิทธิอย่างใดๆ เพิ่มขึ้นนอกจากที่ได้รับ หรือกฎหมายอาจต้องดูแลกลุ่มบุคคลเหล่านั้นเป็นพิเศษ โดยชนทั้งสามกลุ่มจะได้รับความคุ้มครอง โดยสังเขปต่อไปนี้

ก) กรณีสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม เนื่องจากชนพื้นเมืองดั้งเดิมถูกรุกรานโดยชนชั้นปกครองปัจจุบัน ดังนั้น สิทธิที่กฎหมายระหว่างประเทศมุ่งคุ้มครองสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็คือ การให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมได้รับสิทธิอันพึงมีพึงได้ย้อนหลังกลับไปเสมือนหนึ่งชนชั้นปกครองปัจจุบันไม่เคยเข้าล่าอาณานิคมของชนพื้นเมืองดั้งเดิมเลย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 3 และมาตรา 4 ของปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิม ค.ศ.2007 ที่กำหนดให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมมีสิทธิในการกำหนดอนาคตของกลุ่มตนเอง (Right to self-determination) และเลือกผู้ปกครองของกลุ่มตนเอง (Right to self-government) หรือมาตรา 10 ที่รับรองให้ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจะไม่ถูกบังคับให้ต้องอพยพจากดินแดนของตนโดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นต้น

ข) กรณีสิทธิของชนกลุ่มน้อย เนื่องจากชนกลุ่มน้อยมักเป็นกลุ่มชนที่อยู่ห่างไกลบนเขา หรือดินแดนที่เข้าถึงยาก ทำให้ชนกลุ่มน้อยมีความยากจน ได้รับการพัฒนาน้อยกว่า

ชนชั้นปกครองปัจจุบัน ดังนั้นสิทธิที่ชนกลุ่มน้อยจะได้รับความคุ้มครองโดยส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิที่ทำให้เกิดความเท่าเทียม ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างชนชั้นปกครองปัจจุบัน เช่น สิทธิในการเข้าถึงสาธารณูปโภคของรัฐ สิทธิในศึกษาเล่าเรียน การรักษาพยาบาลเช่นเดียวกับทุกคนในรัฐนั้นๆ เป็นต้น แต่ชนกลุ่มน้อยยังคงไม่ได้รับการรับรองให้มีสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง หรือเลือกผู้ปกครองของตนเองดังเช่นสิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมแต่อย่างใด

ค) กรณีสิทธิชุมชน ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะกำหนดให้ชุมชนมีสิทธิอย่างไรบ้าง ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้ชุมชนมีสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติภายในชุมชน อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่พบว่า มีกฎหมายของประเทศใดกำหนดให้ชุมชนมีสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง

จ. การเรียกร้องสิทธิสิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม และสิทธิชุมชนเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม ดังนั้น ผู้แทนชนพื้นเมืองดั้งเดิม หรือผู้แทนชุมชนย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในนามของกลุ่ม ขณะที่สิทธิของชนกลุ่มน้อยเป็นสิทธิเชิงเดี่ยวการเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองจะเป็นการเรียกร้องสิทธิของแต่ละคนในกลุ่ม ลักษณะการฟ้องร้องจะมีลักษณะเดียวกับการฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

ฉ. แนวโน้มพัฒนาการของสิทธิทั้งสามประเภทแม้ปัจจุบันจะสามารถสรุปได้ในเบื้องต้นว่า สิทธิชุมชนยังมีใช้สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากยังไม่มีสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือแม้คำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศใดๆ ระบุอย่างแจ่มชัดว่าสมควรต้องคุ้มครองสิทธิชุมชน (ที่มีใช้ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม) เช่นเดียวกับสิทธิเชิงกลุ่มประเภทอื่นๆ ที่มีการคุ้มครองไว้แล้ว เช่น สิทธิของชนพื้นเมืองดั้งเดิมก็ตาม แต่กระแสนการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มชนทั้งสามกลุ่มดังกล่าวยังคงดำเนินไปเรื่อยๆ และในอนาคตสิทธิชุมชนอาจได้รับการรับรองในเวทีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับสิทธิของเด็ก สตรี คนพิการ หรือกลุ่ม LGBT ได้ ดังนั้น การศึกษาวิจัยในครั้งนี้จึงจำกัดเฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่มีอยู่ในช่วงเวลาปัจจุบันนี้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม พึงตระหนักและแยกให้ออกว่า สิทธิชุมชนเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเชิงกลุ่มจะมีความแตกต่างจากสิทธิเชิงเดี่ยวของกลุ่มคนบางกลุ่มอยู่มากไม่ว่าจะเป็นสิทธิของเด็ก สิทธิของสตรี สิทธิของคนพิการ สิทธิของกลุ่มเพศทางเลือก ซึ่งเป็นการคุ้มครองปัจเจกบุคคลแต่ละคนในกลุ่มให้สามารถเข้าถึงสิทธิต่างๆ ได้เท่าเทียมกับกลุ่มคนปกติทั่วๆ ไปในสังคมในขณะที่ “ชุมชน” ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสิทธินั้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิของกลุ่มในการวางแผน ดูแล รักษา ทรัพยากรธรรมชาติ หรือวัฒนธรรม เอกลักษณ์ที่เป็นของชุมชนนั้นๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่แตกต่างจากสิทธิที่ปัจเจกบุคคลแต่ละ

คนในชุมชนได้รับความคุ้มครองเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว หากไม่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการคุ้มครองสิทธิชุมชนแยกต่างหากจากสิทธิของปัจเจกบุคคลอีกต่อไป

3) แนวโน้มในการนำ “สิทธิชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาปรับใช้กับ “สิทธิชุมชน”

ในบรรดาสิทธิทั้งหลายของชนพื้นเมืองดั้งเดิมภายใต้ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยชนพื้นเมืองดั้งเดิม¹⁶ นั้น มีสิทธิ 5 เรื่องของ “ชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ที่อาจนำมาปรับใช้กับ “สิทธิชุมชน” ได้ ซึ่งได้แก่สิทธิในเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

¹⁶ตัวอย่างเช่น 1) สิทธิในการกำหนดตนเอง โดยมีอิสระที่จะกำหนดสถานภาพทางการเมืองและดำเนินการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตนได้อย่างอิสระ (Right to self-determination, freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.) ตามมาตรา 3; 2) สิทธิในการกำหนดตนเอง สิทธิในความเป็นอิสระ หรือในการปกครองตนเองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในและกิจการในท้องถิ่นของตน รวมทั้งวิธีและแนวทางในการสนับสนุนทางการเงินแก่หน่วยกิจกรรมอันเป็นอิสระของตน (Right to self-determination, right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions.) ตามมาตรา 4; 3) สิทธิที่จะธำรงรักษาและเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับสถาบันทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อันมีลักษณะเฉพาะของตน ในขณะที่ยังคงรักษาสิทธิในการมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในชีวิตทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของรัฐ ตามที่พวกเขาเลือก (Right to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions, right to participate fully, if they so choose, in the political, economic, social and cultural life of the State.) ตามมาตรา 5; 4) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ผสมกลมกลืนทางวัฒนธรรม หรือทำลายวัฒนธรรมของตน (Right not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture.) ตามมาตรา 8 (1); 5) สิทธิที่จะเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนพื้นเมืองหรือชาติ อันเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและประเพณีของชุมชนหรือชาติที่เกี่ยวข้องนั้น ไม่อาจให้มีการเลือกปฏิบัติใดๆ เกิดขึ้นจากการใช้สิทธินี้ (Right to belong to an indigenous community or nation, in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned. No discrimination of any kind may arise from the exercise of such a right.) ตามมาตรา 9; 6) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ออกจากที่ดินหรือเขตแดนของตน จะไม่มีการตั้งถิ่นฐานใหม่เกิดขึ้นโดยปราศจากการยินยอมที่มีการบอกแจ้ง เข้าใจล่วงหน้า และเป็นอิสระ ของชนเผ่าพื้นเมืองที่เกี่ยวข้อง และหลังจากที่มีข้อตกลงในการขดเซยที่เป็นธรรมและเหมาะสมแล้ว และหากเป็นไปได้ ให้มีทางเลือกในการกลับคืนถิ่นนั้นได้อีก (Right not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return.) ตามมาตรา 10; 7) สิทธิที่จะปฏิบัติและฟื้นฟูขนบธรรมเนียมและประเพณีของตน ซึ่งรวมถึงสิทธิในการธำรงรักษา คุ้มครอง และพัฒนาการแสดงออกทางวัฒนธรรมของตนทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต เช่น แหล่งโบราณคดีและประวัติศาสตร์ ประดิษฐกรรม แบบ

(1) สิทธิที่จะดำรงรักษาและเสริมสร้างความเข้มแข็งของความสัมพันธ์ด้านจิตวิญญาณกับที่ดิน เขตแดน น้ำและชายฝั่งทะเลและทรัพยากรอื่นๆ ซึ่งพวกเขาได้เป็นเจ้าของตามประเพณีหรือมีคือนั้นเคยครอบครองหรือใช้ประโยชน์อยู่ก่อนแล้ว และมีสิทธิที่ดำรงความรับผิดชอบในการส่งเสริมสิ่งเหล่านี้สู่คนในรุ่นต่อไป (Right to maintain and strengthen their distinctive spiritual relationship with their traditionally owned or otherwise occupied and used lands, territories, waters and coastal seas and other resources and to uphold their responsibilities to future generations in this regard.) ตามมาตรา 25

(2) สิทธิในที่ดินและเขตแดนและทรัพยากร ซึ่งพวกเขาได้ครอบครอง เป็นเจ้าของตามประเพณี หรือมีคือนั้นจากการที่เคยใช้หรือเคยได้รับมาก่อน (Right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.) ตามมาตรา 26 (1) และสิทธิเป็นเจ้าของ ใช้ พัฒนา และควบคุมที่ดิน เขตแดน และทรัพยากรที่พวกเขาเป็นเจ้าของ ด้วยเหตุผลจากการเป็นเจ้าของตามประเพณี หรือการครอบครองหรือการใช้ตามประเพณีอื่นๆ รวมทั้งกรณีการได้มาซึ่งสิ่งเหล่านั้นโดยวิธีอื่น (Right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.) ตามมาตรา 26 (2)

ลวดลาย พิธีกรรม เทคโนโลยีและทัศนศิลป์ และศิลปะการแสดงและวรรณกรรม (Right to practice and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures, such as archaeological and historical sites, artefacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature.) ตามมาตรา 11 (1); 8) สิทธิในการแสดงออก ปฏิบัติการ พัฒนา และสอนประเพณีทางจิตวิญญาณและศาสนา ขนบธรรมเนียมและพิธีกรรม สิทธิในการดำรงรักษา คุ้มครอง และมีช่องทางส่วนตัวในการเข้าถึงแหล่งทางศาสนาและวัฒนธรรมของตน สิทธิในการใช้และควบคุมวัตถุทางพิธีกรรม และสิทธิในการส่งกลับคืนชิ้นส่วนของมนุษย์สู่ถิ่นกำเนิด (Right to manifest, practice, develop and teach their spiritual and religious traditions, customs and ceremonies; right to maintain, protect, and have access in privacy to their religious and cultural sites; right to the use and control of their ceremonial objects; and right to the repatriation of their human remains.) ตามมาตรา 12 (1); 9) สิทธิในศักดิ์ศรีและความหลากหลายทางวัฒนธรรม ประเพณี ประวัติศาสตร์ และความมั่งงั่งในชีวิต อันจักต้องได้รับสะท้อนออกมาอย่างเหมาะสมในการศึกษาและข้อมูลสาธารณะ (Right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information.) ตามมาตรา 15 (1) เป็นต้น.

(3) สิทธิที่จะได้รับการชดเชย โดยวิธีที่อาจหมายรวมถึงการได้กลับคืน หรือ ถ้าหากเป็นไปได้ ต้องได้รับการชดเชยที่เหมาะสม เท่าเทียม และเป็นธรรมสำหรับที่ดิน เขตแดน และทรัพยากรซึ่งพวกเขาเป็นเจ้าของ หรือเคยครอบครอง หรือใช้ประโยชน์ตามประเพณีอยู่ก่อนแล้ว แต่ถูกยึด ถูกเอาไป ถูกครอบครอง ถูกใช้ หรือถูกทำให้เสียหาย โดยปราศจากการยินยอมที่มีการบอกแจ้ง เข้าใจล่วงหน้า และเป็นอิสระ ที่ได้รับการบอกแจ้งและความเข้าใจล่วงหน้าของพวกเขา (Right to redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent.) ตามมาตรา 28 (1)

(4) สิทธิในการอนุรักษ์ ปันฟู และปกป้องสภาพแวดล้อมและศักยภาพในการผลิตในที่ดินหรือเขตแดน และทรัพยากรของตน รัฐต้องจัดตั้งและดำเนินการโครงการให้ความช่วยเหลือในการอนุรักษ์และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Right to the conservation and protection of the environment and the productive capacity of their lands or territories and resources. States shall establish and implement assistance programs for such conservation and protection, without discrimination.) ตามมาตรา 29 (1)

(5) สิทธิในการตัดสินใจและพัฒนาลำดับความสำคัญและยุทธศาสตร์สำหรับการพัฒนาหรือการใช้ที่ดิน เขตแดนและทรัพยากรอื่นๆ ของตน (Right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources.) ตามมาตรา 32 (1)

โดยสรุป หากรัฐต่างๆ จะนำหลักการคุ้มครองสิทธิของ “ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม” มาปรับใช้แก่ “สิทธิชุมชนทั่วไป” ในกรณีของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมย่อมเป็นการสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่ประสงค์จะนำ “ชุมชนชนพื้นเมืองดั้งเดิม/ชุมชนท้องถิ่น” มาเป็นกลไกในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม แต่ทั้งนี้ต้องตระหนักว่า กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น ปัจจุบันยังมีรับรอง “ชุมชนทั่วไป” ให้มี “สิทธิมนุษยชน” ดังเช่น “ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม” ที่มี “สิทธิมนุษยชน” อยู่แต่เดิมก่อนที่จะมีการตกเป็นดินแดนในลักษณะเดียวกับดินแดนใต้อาณานิคม ดังนั้น การนำหลักการของ “ชุมชนของชนพื้นเมืองดั้งเดิม” มาปรับใช้ต้องปรับใช้อย่างจำกัด เท่าที่ไม่ทำให้ลักษณะเฉพาะของชนพื้นเมืองดั้งเดิมต้องเสียไป

2.2 หลักการและแนวคิดภายใต้กฎหมายภายใน

หลักการและแนวคิดภายใต้กฎหมายภายในประกอบด้วยเนื้อหา 2 เรื่อง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับความเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญของสิทธิชุมชน และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 กับความเป็นสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายไทยของสิทธิชุมชน โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทำให้ “สิทธิชุมชน (Community Rights)” เป็น “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเรื่อง “สิทธิชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยไม่ปรากฏชัดเจนว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากหลักการใดในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วย “สิทธิมนุษยชน” หรือตราสารระหว่างประเทศด้าน “สิ่งแวดล้อม” คงมีแต่การนำแนวคิดเรื่อง “การพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)” มาบัญญัติไว้ในบางมาตรา¹⁷ สำคัญเกี่ยวกับ “สิทธิชุมชน” ในมิติการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมบัญญัติไว้ใน 2 หมวด คือ หมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในมาตรา 43 และหมวดหน้าที่ของรัฐ ในมาตรา 51 มาตรา 57 และมาตรา 58 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) “สิทธิชุมชน” ในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิเชิงเนื้อหา (Substantive Rights)

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชน พบว่ามีลักษณะเป็นสิทธิเชิงเนื้อหา (Substantive Rights) ซึ่งหมายถึง สิทธิที่มีเนื้อหา

¹⁷ มาตรา 43 วรรค 1 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ “อย่างสมดุลและยั่งยืน” ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ; มาตรา 56 วรรค 1 รัฐต้องจัดหรือดำเนินการให้มีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างทั่วถึงตาม “หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน”; มาตรา 57 วรรค 1 รัฐต้อง (2) อนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้ หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์ “อย่างสมดุลและยั่งยืน”...; มาตรา 65 วรรค 1 รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศ “อย่างยั่งยืน”; มาตรา 72 วรรค 1 รัฐพึงดำเนินการเกี่ยวกับที่ดิน ทรัพยากรน้ำ และพลังงาน ดังต่อไปนี้ (1) วางแผนการใช้ที่ดินของประเทศให้เหมาะสมกับสภาพของพื้นที่และศักยภาพของที่ดินตาม “หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน”; มาตรา 250 วรรค 1 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจดูแลและจัดทำบริการสาธารณะ และกิจกรรมสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตาม “หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน”...; และ มาตรา 257 วรรค 1 การปฏิรูปประเทศตามหมวดนี้ต้องดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมาย ดังต่อไปนี้ (1) ประเทศชาติมีความสงบเรียบร้อย มีความสามัคคีปรองดอง มี “การพัฒนาอย่างยั่งยืน” ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และมีความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจ.

เป็นของตัวเองโดยสมบูรณ์ เช่น สิทธิในสุขภาพ เป็นต้นโดยสิทธิชุมชนมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงเนื้อหา ในสองลักษณะ คือ สิทธิของชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ กับสิทธิของชุมชนในการร่วมจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. สิทธิของชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ภายใต้แนวคิดเรื่องระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชน (Common Property Regime)

ในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คือ มาตรา 43 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (1) (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิให้กับชุมชน ที่เรียกว่า “สิทธิชุมชน (Community Rights)” ในลักษณะที่เป็นสิทธิเชิงกลุ่ม (Group’s Rights หรือ Collective Rights)” โดยเนื้อหาแห่งสิทธิ คือ สิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ ซึ่งทรัพยากร ธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ และมีเงื่อนไขในการใช้สิทธิ (Exercise of Rights) คือ จะต้องใช้สิทธิดังกล่าว “อย่างสมดุลและยั่งยืน” หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิชุมชนซึ่งมีเนื้อหาแห่งสิทธิที่มีลักษณะ ขอบเขต และเงื่อนไขที่สมบูรณ์ชัดเจนในตัวเองแล้ว โดยไม่ต้องพึ่งพาสิทธิประเภทอื่นมาประกอบเสริม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ “สิทธิชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์” ดังกล่าวเป็น “สิทธิเชิงเนื้อหา (Substantive Rights)” ที่ผู้ทรงสิทธิ (Rights’ Holder) คือ ชุมชน สามารถใช้สิทธินี้ได้ทันที นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ระบบจัดการทรัพย์สินที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติแล้ว การจัดการโดยชุมชนเป็นรูปแบบหนึ่งของระบบจัดการทรัพย์สินที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติ ที่เรียกว่า “การจัดการโดยชุมชน (Common Property Regime)” ซึ่งต่างจากรูปแบบที่คนส่วนใหญ่คุ้นเคยที่เรียกว่า “การจัดการโดยรัฐ (State Property Regime)”

ข. สิทธิของชุมชนในการร่วมจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ภายใต้แนวคิดเรื่องการจัดการร่วม (Co-management)

นอกจาก “ชุมชนจะมีสิทธิด้วยตัวเอง” ในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ตามมาตรา 43 วรรค 1 แล้ว ชุมชนยังมีสิทธิร่วมจัดการ ร่วมบำรุงรักษา และร่วมใช้ประโยชน์ ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐ ตามมาตรา 43 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลและชุมชนตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการดังกล่าวด้วย” ซึ่งอาจตีความได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญรับรองให้ชุมชนมีสิทธิร่วมดำเนินการกับรัฐในลักษณะดังกล่าวเป็นรูปแบบการจัดการ

ทรัพย์สินที่เป็นทรัพยากรธรรมชาติรูปแบบหนึ่งที่เรียกว่า “การจัดการร่วม (Co-management)” ซึ่งเกิดจากการผสมผสานระหว่างการจัดการสองรูปแบบ คือ การจัดการโดยรัฐ (State Property Regime) กับ การจัดการโดยชุมชน (Common Property Regime)

ส่วนคำว่า “ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” ในมาตรา 43 วรรค 1 (2) ตอนท้ายนั้น หมายความว่าแม้ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวสิทธิชุมชนก็เกิดขึ้นแล้วทันทีโดยเป็นผลมาจากบทบัญญัติในมาตรา 25 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มี การตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตาม เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” มีข้อสังเกตว่า กรณีวรรค 2 นี้เป็นการบทบัญญัติที่รับรองความมีผล ของสิทธิเพื่อให้สิทธิเกิดขึ้นทันทีซึ่งเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาที่เคยเกิดขึ้นกับบทบัญญัติ “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในกรณีที่เกิดการ ละเมิดสิทธิและเสรีภาพขึ้นนั่นเอง

(2) “สิทธิชุมชน” ในหมวดหน้าที่ของรัฐเป็นสิทธิเชิงกระบวนการ (Procedural Rights)

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนในหมวดหน้าที่ของรัฐ พบว่ามีลักษณะเป็นสิทธิเชิงกระบวนการ (Procedural Rights) ซึ่งหมายถึง สิทธิที่ทำหน้าที่เชิง กระบวนการ และใช้เป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนไปสู่การคุ้มครองสิทธิเชิงเนื้อหา เช่น สิทธิในการ เข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิในการมีส่วนร่วม เป็นต้น สิทธิชุมชนมีลักษณะของสิทธิเชิงกระบวนการใน สี่ลักษณะ คือ สิทธิในการมีส่วนร่วม สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในข้อมูลข่าวสาร และสิทธิใน การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right to Participation) ของชุมชน

ในหมวดหน้าที่ของรัฐนั้น แม้จะเป็นบทบัญญัติว่าด้วยบทบาทหน้าที่ของรัฐ แต่ในทางกลับกัน หน้าที่ของรัฐก็ก่อให้เกิดสิทธิของประชาชนด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยมาตรา 57 (2) ได้รับรอง “สิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน” โดยบัญญัติไว้ว่า “รัฐต้อง (1) (2) อนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการ ดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ” การบัญญัติว่ารัฐมีหน้าที่ต้องให้ชุมชนในท้องถิ่นที่ เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้

รับรอง “สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right to Participation)” ของชุมชน ซึ่งสิทธิในการมีส่วนร่วมดังกล่าวเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “สิทธิเชิงกระบวนการ (Procedural Rights)” นอกจากนี้มาตรานี้ก็บัญญัติไว้ตอนท้ายว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในทำนองเดียวกับกรณีตามมาตรา 43 วรรค 1 (2) ตอนท้าย

ข. สิทธิในการแสดงความคิดเห็น (Right to Expression) ของชุมชน

นอกจากประเด็นสิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชนตามมาตรา 57 (2) แล้วมาตรา 58 วรรค 1 ยังได้รับรอง “สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของชุมชน” โดยบัญญัติไว้ว่า “การดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ ถ้าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนหรือชุมชน และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณา ดำเนินการหรืออนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติ” การบัญญัติว่ารัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่อาจมีผลกระทบต่อชุมชนนั้น รัฐจะต้องจัดรับฟังความคิดเห็นของชุมชนควบคู่ไปด้วย ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญได้รับรอง “สิทธิในการแสดงความคิดเห็น (Right to Expression)” ของชุมชน ซึ่งสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของชุมชนดังกล่าวเป็นระดับหนึ่งของ “สิทธิในการมีส่วนร่วม” จึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่งของ “สิทธิเชิงกระบวนการ” ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ มาตรานี้ก็บัญญัติไว้ตอนท้ายว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในทำนองเดียวกับกรณีตามมาตรา 43 วรรค 1 (2) ตอนท้าย และมาตรา 57 (2)

ค. สิทธิในข้อมูลข่าวสาร (Right to Information) ของชุมชน

เพื่อให้การดำเนินการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพตามมาตรา 58 วรรค 1 เกิดผลในทางปฏิบัติตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่ถูกลดทอนคุณค่าหรือบิดเบือน มาตรา 58 วรรค 2 ได้บัญญัติรับรอง “สิทธิในข้อมูลข่าวสารของชุมชน” ไว้อย่างชัดเจนว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง” ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับรอง “สิทธิในข้อมูลข่าวสาร (Right to Information)” ของชุมชน และสิทธิในข้อมูลข่าวสารของชุมชนดังกล่าวเป็นระดับหนึ่งของ “สิทธิในการมีส่วนร่วม” จึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่งของ “สิทธิเชิงกระบวนการ” ด้วยเช่นกัน

ง. สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Right to Access to Environmental Justice) ของชุมชน

หากการดำเนินการของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการตามมาตรา 58 วรรค 1 “ก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชน” บทบัญญัติในมาตรา 58 วรรค 3 ยังมีบทบังคับให้รัฐต้องเยียวยาความเสียหายให้กับชุมชน ตามที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ในการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง รัฐต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด และต้องดำเนินการให้มีการเยียวยา ความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและโดยไม่ชักช้า” ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญได้รับรอง “สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Right to Access to Environmental Justice)” ของชุมชน และสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมของชุมชนดังกล่าวเป็นระดับหนึ่งของ “สิทธิในการมีส่วนร่วม” จึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่งของ “สิทธิเชิงกระบวนการ” ด้วยเช่นกัน

นอกจากบทบัญญัติเฉพาะตามมาตรา 58 วรรค 3 แล้ว ชุมชนยังสามารถใช้สิทธิได้อีกทางหนึ่งตามมาตรา 51 ซึ่งเป็นมาตราแรกของหมวดหน้าที่ของรัฐ และเป็นบททั่วไปเกี่ยวกับสภาพบังคับของการต้องปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ และเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนในการติดตามเร่งรัดให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่ด้วย ทำนองเดียวกับมาตรา 25 วรรค 2 ในหมวดสิทธิและเสรีภาพ ที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงสิทธิชุมชนด้วย โดยมาตรา 51 บัญญัติไว้ว่า “การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 ทำให้ “สิทธิชุมชน” ถูกถือว่าเป็น “สิทธิมนุษยชนตามกฎหมายไทย”

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ “สิทธิชุมชน” ไม่ใช่ “สิทธิมนุษยชน” แต่ถ้าพิจารณาตามกฎหมายภายในของประเทศไทยแล้ว “สิทธิชุมชน” เข้าลักษณะตามนิยามคำว่า “สิทธิมนุษยชน” เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล บรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” การขยายนิยามของคำว่า “สิทธิมนุษยชน

(Human Rights)" โดยพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยให้รวมถึง "สิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)" ซึ่งรวมถึง "สิทธิชุมชน (Community Rights)" ด้วย ทำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งปกติมีอำนาจตรวจสอบ "การละเมิดสิทธิมนุษยชน" มีอำนาจในการตรวจสอบ "การละเมิดสิทธิชุมชน" ด้วย ผลก็คือ ความหมายของสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายไทยมีความหมายกว้างกว่าสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 วรรค 1 บัญญัติว่า "คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้ (1) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนทุกกรณีโดยไม่ล่าช้า และเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้อง (2) จัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อรัฐสภา และคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่ต่อประชาชน (3) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใดๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน (4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม (5) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน (6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ" ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 มาตรา 26 ได้นำบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 247 วรรค 1 ตั้งแต่ (1) ถึง (5) มาบัญญัติรองรับไว้โดยมีเนื้อหาเหมือนกัน

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 มาตรา 27 ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมด้วยว่า "เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 26 ให้คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้ด้วย (1) ส่งเสริม สนับสนุน และร่วมมือแก่บุคคล หน่วยงานของรัฐ และภาคเอกชน ในการศึกษา วิจัย และเผยแพร่ความรู้และพัฒนาความเข้มแข็งด้านสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการให้ความช่วยเหลือหรือเยียวยาแก่ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน (2) ส่งเสริมและเผยแพร่ให้เด็ก เยาวชน และประชาชนทั่วไปตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนของแต่ละบุคคลที่ทัดเทียมกัน และการเคารพในสิทธิมนุษยชนของบุคคลอื่นซึ่งอาจแตกต่างกันในทางวัฒนธรรม ประเพณี วิถีชีวิต และศาสนา (3) ส่งเสริมความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน และองค์กรระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน (4) เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีหรือการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (5) ออกระเบียบหรือ

ประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ (6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น

จากการดำเนินงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ผ่านมา เห็นได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีบทบาทในการส่งเสริมสนับสนุนสิทธิชุมชน กรณีตัวอย่างต่อไปนี้อาจถือได้ว่าเป็นการวางระเบียบ แบบแผน และแนวทางปฏิบัติในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชน

(1) การเสนอรายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายเรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิในการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กรณีกล่าวอ้างว่าร่างพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. กระทบต่อสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการพิจารณาที่ 36-39/2559)

(2) การเสนอรายงานผลการพิจารณาคำร้องที่มีข้อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎเรื่องสิทธิชุมชนและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ กรณีกล่าวอ้างว่าชาวประมงพื้นบ้านได้รับผล กระทบจากการประกาศใช้พระราชกำหนดการประมง พ.ศ.2558 (รายงานผลการตรวจสอบที่ 113/2559)

(3) ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราช อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (3) เพื่อแก้ไขปัญหาเขตป่าสงวนแห่งชาติและเขตอุทยานแห่งชาติกับที่ดินเอกชนทับซ้อนกัน และกรณีราษฎรได้รับความเดือดร้อนจากมาตรการทวงคืนผืนป่าตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 64/2557 ลงวันที่ 14 มิถุนายน 2557 และที่ 66/2557 ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2557

(4) ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎระเบียบ หรือคำสั่ง กรณีการกำหนดเขตพื้นที่ในการทำกิน การอยู่อาศัย และการดำเนินวิถีชีวิตของกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยงและชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในเขตป่าสงวนแห่งชาติและเขตอุทยานแห่งชาติ (ข้อเสนอแนะที่ 3/2561)

(5) การออกระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2561

3. ส่วนที่สอง: แนวปฏิบัติในการรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในส่วนที่ 2 ของงานวิจัยเรื่อง “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” คณะผู้วิจัยได้จัดทำแนวปฏิบัติในการรับรองสิทธิชุมชนที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ขึ้น โดยอาศัยองค์ความรู้ที่ได้จากงานวิจัยส่วนที่ 1 มาทำการวิเคราะห์ สังเคราะห์ และยกร่างแนวปฏิบัติดังกล่าว เพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ ด้านการบริหารภาครัฐ ด้านกระบวนการยุติธรรมสิ่งแวดล้อม และด้านสิทธิมนุษยชนและสิทธิชุมชน ตลอดจนกลุ่มผู้แทนหน่วยงานภาครัฐ และกลุ่มที่มิใช่ผู้แทนภาครัฐ อาทิ กรรมการร่างรัฐธรรมนูญ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้แทนจากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้แทนจากบริษัทหรือสถาบันที่จัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ผู้แทนจากภาคประชาสังคม จากหลากหลายพื้นที่และนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการศึกษาวิจัย เพื่อให้แนวปฏิบัติมีความสมบูรณ์ สามารถเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ต่อไป

3.1 ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในการรับรองสิทธิชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1) การใช้สิทธิของชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามบทบัญญัติมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 เป็นประเด็นด้านสิทธิเสรีภาพ ซึ่งจะต้องอ่านประกอบกับมาตรา 57 และมาตรา 58 ซึ่งเป็นประเด็นด้านหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งมาตรา 51 ซึ่งด้านหนึ่งเป็นเรื่องสภาพบังคับของการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ ขณะเดียวกัน อีกด้านหนึ่งก็เป็นเรื่องสิทธิของประชาชนและชุมชนในการติดตามเร่งรัดให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่ด้วย

2) การจะใช้สิทธิดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ทั้งสิทธิเชิงเนื้อหาในหมวดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสิทธิเชิงกระบวนการในหมวดหน้าที่ของรัฐ ล้วนมีบทบัญญัติกำหนดว่า “ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 25 วรรค 2 หมายความว่า สิทธิของชุมชนตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้ว และชุมชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ทันที หากการใช้สิทธิเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการใช้สิทธิก็ตามอย่างไรก็ตาม ก่อนการใช้สิทธิดังกล่าว ควรมีการออก “กฎหมายลูก” โดยผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติเพื่อวางโครงสร้างและจัดระบบให้เกิดความชัดเจน และสามารถอำนวยความสะดวก

ความสะดวกให้การใช้สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นได้จริง ไม่ถูกนำไปใช้พรั้งเพื่อ ไม่ถูกบิดเบือน และไม่สร้างความแตกแยก ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจตุลาการในการวางบรรทัดฐานผ่านคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ดังเช่นในอดีตที่ผ่านมา

3) เนื่องจาก “ผู้ทรงสิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญมีทั้ง “บุคคล” ที่เป็นปัจเจกชน และ “ชุมชน” ที่เป็นกลุ่มคน กฎหมายลูกควรกำหนดลักษณะการใช้สิทธิที่เหมือนกันและต่างกันระหว่างผู้ทรงสิทธิทั้งสองประเภท รวมทั้งความเชื่อมโยงระหว่างการใช้สิทธิทั้งสองประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ทรงสิทธิที่เป็น “ชุมชน” เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องนี้ไว้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นผู้ทรงสิทธิประเภทใด เงื่อนไขการใช้สิทธิจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพตามมาตรา 43 คือ จะต้องใช้อย่าง “สมดุลและยั่งยืน”

4) ในการดำเนินการทางนิติบัญญัติเพื่อให้มี “วิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” อาจทำสองทางคู่ขนานกันไป ได้แก่

(1) “แก้ไขปรับปรุงกฎหมายเดิมที่มีอยู่” ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งกฎหมายอื่นที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ได้ ตัวอย่าง เช่น

ก. การแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้ว แต่ก็เป็นแก้ไขเพียงเล็กน้อย ซึ่งยังไม่นำไปสู่การปฏิรูปเชิงระบบและยังมีเนื้อหาที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ทั้งสิทธิเชิงเนื้อหา และสิทธิเชิงกระบวนการ

ข. การแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติฐานต่างๆ เช่น กฎหมายแร่ กฎหมายทรัพยากรชายฝั่ง กฎหมายประมง กฎหมายน้ำ กฎหมายป่าไม้ กฎหมายป่าสงวน กฎหมายสัตว์ป่า กฎหมายอุทยาน เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องเพิ่มบทบัญญัติเรื่อง “สิทธิชุมชน” ซึ่งเป็นสิทธิเชิงกลุ่มและเป็น “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional rights)” ที่มีความสำคัญเหนือกว่าสิทธิตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น โดยบัญญัติเพิ่มเข้าไปในกฎหมายเหล่านี้ที่เคยมีแต่บทบัญญัติเกี่ยวกับ “สิทธิของปัจเจกชน” ซึ่งเป็นสิทธิเชิงเดี่ยวเท่านั้น

(2) “ออกกฎหมายใหม่” ที่เป็นกฎหมายลูกและเป็นกฎหมายแกนกลางว่าด้วยสิทธิชุมชนเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อขยายความการใช้สิทธิชุมชนให้ละเอียดและชัดเจนขึ้น เป็นระบบขึ้น และสามารถนำไปสู่การปฏิบัติได้จริงโดยมีข้อพิจารณาในประเด็นย่อยดังต่อไปนี้

ก. คำว่า “ชุมชน” และ “สิทธิชุมชน” ในกฎหมายใหม่ซึ่งเป็น “กฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชน” จะหมายถึงเฉพาะ “ชุมชนในมิติการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม”

เท่านั้น จะไม่รวมถึงชุมชนและสิทธิชุมชนในมิติอื่นๆ เช่น มิติวัฒนธรรมด้วย เพราะแต่ละมิติมีลักษณะเฉพาะตัวและที่มาแห่งความชอบธรรมที่แตกต่างกัน ความชอบธรรมของชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คือ “ชุมชน” เป็นผู้ใช้และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ (Resource User)

ข. การนิยามว่าชุมชนคืออะไร เนื่องจากคำว่า “ชุมชน” ในภาษาของกฎหมาย อาจไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกับคำว่า “ชุมชน” ในภาษาทั่วไปที่ใช้เรียกกัน ซึ่งอาจนำไปสู่การสื่อสารที่ผิดพลาด อันเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาความเข้าใจเรื่อง “สิทธิชุมชน”

ค. การเข้าสู่การมี “สิทธิชุมชน” มีขอบเขตและเงื่อนไขอย่างไร

ง. วางโครงสร้างและจัดระบบรองรับ “สิทธิชุมชน” ซึ่งเป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” และสร้างความเชื่อมโยงกับโครงสร้างและระบบเดิมที่มีแต่ “สิทธิของปัจเจกชน” ซึ่งเป็น “สิทธิเชิงเดี่ยว”

จ. เพิ่มรูปแบบใหม่สองรูปแบบในระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติ คือ “ระบบการจัดการโดยชุมชน (Common Property Regime)” และ “ระบบร่วมจัดการ (Co-management)” ที่ให้ชุมชนจัดการร่วมกับรัฐโดยใช้ชุมชนเป็นฐาน (Community-based Co-management)”

ฉ. ขยายความบทบาทของรัฐและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครอง ป้องกัน สิทธิชุมชนทั้งสิทธิเชิงเนื้อหาและสิทธิเชิงกระบวนการให้ครอบคลุมและชัดเจน

ช. กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้สิทธิชุมชนเท่าที่จำเป็น ภายใต้หลักการต่างๆ คือ สิทธิมนุษยชนและแนวคิดชุมชนนิยมแบบไทย

ซ. นำแนวคิดในการออกกฎหมายของสำนักความคิดสังคมวิทยาทางกฎหมาย และสำนักความคิดมานุษยวิทยาทางกฎหมาย มาปรับใช้กับสำนักกฎหมายบ้านเมือง ภายใต้แนวคิดพหุลักษณะทางกฎหมาย และระบบกฎหมายเชิงซ้อน โดยไม่ลดทอนหรือบิดเบือนคุณค่าของความ เป็นชุมชน

5) สร้างความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชนกับกฎหมายอื่น ได้แก่ ความเป็นกฎหมายแกนกลางเรื่องสิทธิชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในประเด็นดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายนี้ เพื่อให้การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ขัดแย้งกันและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

3.2 โครงสร้างเนื้อหาในกฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชน

ดังที่ได้เกริ่นในบทนำว่า ปัญหาในการนำสิทธิชุมชนไปใช้นั้น รวมถึงความเข้าใจในคำว่า สิทธิชุมชนที่แตกต่างหลากหลายด้วย กล่าวคือ มโนทัศน์ว่าด้วยสิทธิชุมชนนั้นมีความเลื่อนไหลไปมา อยู่ตลอดเวลา จึงอาจทำให้เกิดการตีความและบังคับใช้สิทธิชุมชนผิดพลาดไปจากทฤษฎีและ

อยู่ตลอดเวลา จึงอาจทำให้เกิดการตีความและบังคับใช้สิทธิชุมชนผิดพลาดไปจากทฤษฎีและหลักการทางวิชาการได้ ทั้งนี้ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนอันมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงกลุ่ม (Group Rights) และมีการบัญญัติรับรองเรื่อยมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ.2550 จนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการใช้คำที่แตกต่างกันออกไป เช่น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่น บุคคลและชุมชน เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้จะมีการบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏการตรากฎหมายในลำดับรอง หรือ “กฎหมายลูก” ใดๆ ออกมาเพื่อบัญญัติขยายความรายละเอียดต่างๆ ของการบังคับใช้สิทธิชุมชนให้เป็นระบบและเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะการกำหนดว่า “ชุมชน” ที่สามารถอ้างการเป็น “ผู้ทรงสิทธิชุมชน” ตามรัฐธรรมนูญได้คือชุมชนใดบ้าง และการกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิชุมชนในมิติต่างๆ รวมถึงสิทธิในการได้รับการเยียวยาเมื่อมีการละเมิดสิทธิชุมชนขึ้นนั้นจะมีหลักเกณฑ์อย่างไร ซึ่งสร้างความคลุมเครือและไม่ชัดเจนอันเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการบังคับใช้สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ

ผลจากความคลุมเครือและไม่ชัดเจนของการไม่มีกฎหมายลูกกำหนดรายละเอียดของการใช้สิทธิชุมชน โดยเฉพาะในมิติของการจัดการ “ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” นั้น ได้ทำให้ทั้งฝ่ายภาครัฐและภาคประชาชนหรือชุมชนต่างเข้าใจและตีความสิทธิชุมชนแตกต่างกันออกไปอย่างมีนัยสำคัญ โดยต่างหยิบฉวยและผลิตซ้ำ “วาทกรรม” เกี่ยวกับสิทธิชุมชนจำนวนมากเพื่อประโยชน์ของฝ่ายตน ซึ่งในหลายกรณีที่มีการกล่าวอ้างกลับพบว่าไม่สอดคล้องตามหลักวิชาการและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีของภาครัฐ ซึ่งมักจะนิยามและตีความการบังคับใช้สิทธิชุมชนอย่างค่อนข้างแคบภายใต้ฐานคิดแบบ “อำนาจรัฐนิยม” และภายใต้ “สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง” โดยไม่ปล่อยให้ชุมชนมีบทบาทในการใช้สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเท่าที่ควร แต่ให้อยู่ภายใต้องคาพยพและการควบคุมของภาครัฐอย่างเข้มงวด หรือในกรณีของภาคประชาชนและชุมชน ซึ่งมักกล่าวอ้างการเป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนอย่างพร่ำเพรื่อและกว้างเกินไป เช่น การกล่าวอ้างว่าสิทธิชุมชนเป็น “สิทธิมนุษยชน” หรือการกล่าวอ้างว่า “สิทธิของชนพื้นเมือง” เป็น “สิทธิชุมชน” หรือการแยกแยะไม่ออกระหว่างการอ้างสิทธิบน “ฐานของความเป็นชุมชน” กับการอ้างสิทธิบน “ฐานความเป็นกลุ่มบุคคลประเภทอื่น” เช่น “กลุ่มผลประโยชน์” “กลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย” และ “กลุ่มผู้ได้รับผลกระทบ” เป็นต้น

จากสภาพปัญหาอันสืบเนื่องมาจากแนวทางปฏิบัติในสภาพความเป็นจริงและการบังคับใช้สิทธิชุมชนในสังคมไทยดังกล่าวข้างต้น นำมาสู่ข้อเสนอโครงสร้างเนื้อหาในกฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชน ดังต่อไปนี้

1) บทนิยามคำสำคัญต่างๆ ในกฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำว่า “ชุมชน” และคำว่า “สิทธิชุมชน”

(1) คำว่า “ชุมชน” ควรเขียนให้ชุมชนมีความหมายที่ชัดเจน ไม่ควรเขียนให้แคบเกินไปหรือกว้างเกินไป โดยรวมถึงมิติต่างๆ เช่น มีทั้งชุมชนที่ยึดพื้นที่เชิงกายภาพและชุมชนเสมือนจริงที่ไม่ยึดพื้นที่เป็นตัวตั้ง มีทั้งชุมชนที่เป็นผู้ใช้ทรัพยากร (Resource User) บนฐานคิดของผู้ใช้ทรัพยากร-ธรรมชาติแบบยั่งยืนและชุมชนที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากกิจกรรมโครงการที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

(2) คำว่า “สิทธิชุมชน” ควรเขียนให้สิทธิชุมชนมีความหมายที่ชัดเจน ไม่ควรเขียนในลักษณะที่เป็นการลดทอนความซับซ้อนของสิทธินี้ให้เหลือแต่เพียงสิทธิทำมาหากินหรือสิทธิปากท้อง เพราะยังมีมิติจิตวิญญาณซึ่งอาจจะไม่เกี่ยวกับเรื่องปากท้องหรือการทำมาหากิน รวมถึงสิทธิด้านเศรษฐกิจซึ่งเป็นพัฒนาการของสิทธิชุมชนด้วย

2) การจะพิจารณาให้ “ชุมชน” ใดมี “สิทธิชุมชน” ในการจัดการทรัพยากร-ธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืนตามกฎหมายนี้ ควรนำหลักเกณฑ์การจัดการร่วมให้มีประสิทธิภาพและยั่งยืนแปดข้อตามทฤษฎีของ Elinor Ostrom¹⁸ มาใช้เป็นฐานในการพิจารณาว่าชุมชนใดมีข้อเท็จจริงที่เข้าข่ายต่อไปนี้บ้าง ดังนี้

(1) มีความสามารถในการระบุขอบเขตการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายใต้การจัดการได้ ทั้ง “ขอบเขตเกี่ยวกับผู้ใช้” ซึ่งแยกแยะได้ว่าใครมีสิทธิและไม่มีสิทธิเข้าใช้ทรัพยากร และ “ขอบเขตของทรัพยากร” ซึ่งแยกแยะได้ระหว่างขอบเขตของระบบทรัพยากรที่ชุมชนดูแลกับระบบนิเวศเชิงสังคมที่ใหญ่กว่านั้น

(2) มีความสอดคล้องระหว่างกฎกติกาของชุมชนกับเงื่อนไขทางสังคมและสิ่งแวดล้อม ทั้ง “ความสอดคล้องระหว่างการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรและการบำรุงรักษาระบบทรัพยากรกับเงื่อนไขทางสังคมและสิ่งแวดล้อมในพื้นที่” กับ “ความสอดคล้องระหว่างประโยชน์ที่สมาชิกจะได้กับต้นทุนที่สมาชิกได้ลงไป”

(3) มีระบบที่เปิดให้สมาชิกส่วนใหญ่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจและปรับปรุงกฎกติกาของชุมชน เพื่อสร้างแรงจูงใจที่จะร่วมดูแลรักษาทรัพยากร

(4) มีกลไกการสอดส่องดูแลที่มีประสิทธิผล ทั้ง “การสอดส่องดูแลพฤติกรรมสมาชิกในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรและการบำรุงรักษาระบบทรัพยากร” ว่าเป็นไปตามกติกาหรือไม่ และ “การสอดส่องดูแลสภาพของทรัพยากรอย่างสม่ำเสมอ”

¹⁸ ชล บุนนาค, แนวคิดว่าด้วยการจัดการทรัพยากรร่วม ประสบการณ์จากต่างประเทศ และแนวคิดในประเทศไทย (นนทบุรี: สำนักพิมพ์สำนักงานปฏิรูป, 2554), หน้า 40-46.

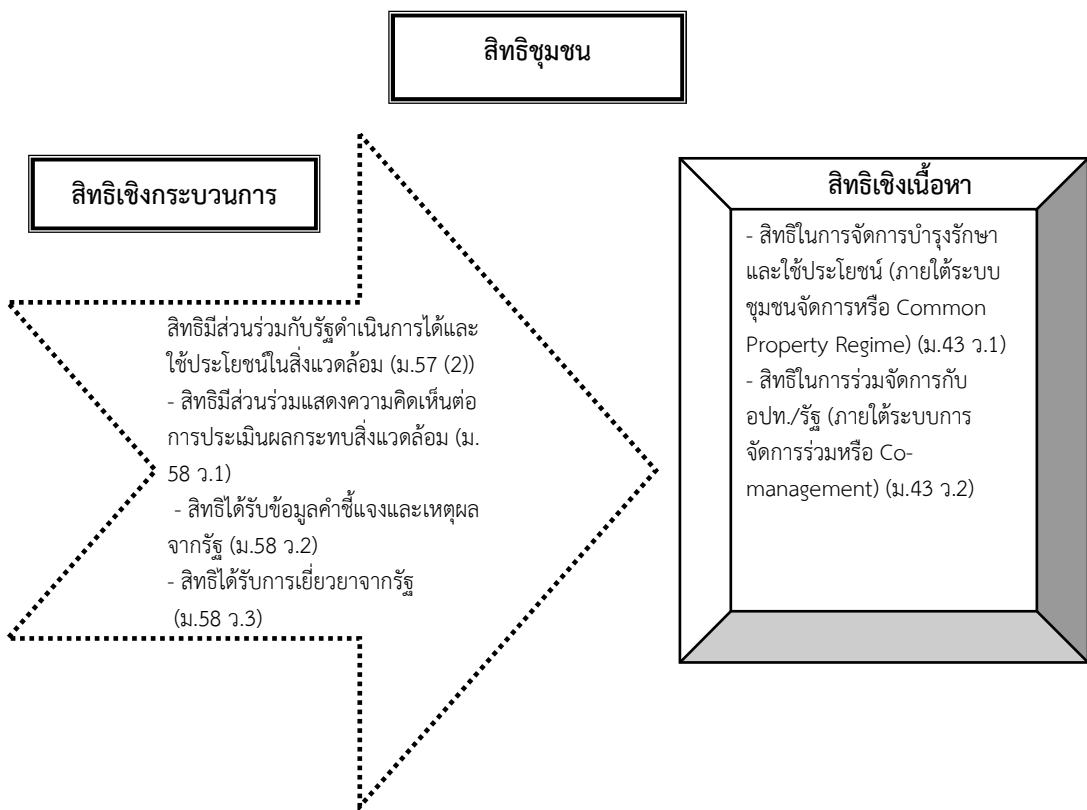
(5) มีการลงโทษผู้ละเมิดกฎกติกาอย่างค่อยเป็นค่อยไปและจากเบาไปหาหนัก

(6) มีกลไกจัดการความขัดแย้งที่มีต้นทุนต่ำและเข้าถึงได้ง่าย ทั้ง “กลไกระหว่างสมาชิกซึ่งเป็นผู้ใช้ทรัพยากรด้วยกันเอง” และ “กลไกระหว่างผู้ใช้ทรัพยากรกับเจ้าหน้าที่รัฐ”

(7) รัฐให้การยอมรับในสิทธิของชุมชน โดยรัฐจะต้องรับรู้และให้สิทธิแก่ผู้ใช้ทรัพยากรในการวางกติกาการใช้และการจัดการทรัพยากร ขณะเดียวกัน ผู้ใช้ทรัพยากรจะมีสิทธิกำหนดกติกาในกลุ่มของตนเองโดยไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจรัฐภายนอก และผู้ใช้ทรัพยากรสามารถดำเนินการบังคับใช้กติกาและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกติกาด้วยตัวของพวกเขาเอง

(8) กติกาและการจัดการทรัพยากรมีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกับระบบที่ใหญ่กว่า ทั้งในเรื่องการใช้ทรัพยากร การจัดสรรทรัพยากร การสอดส่องดูแล การบังคับใช้ การแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง และการดำเนินการของภาครัฐ ล้วนต้องมีความยืดหยุ่นกับระบบที่ใหญ่กว่า

3) กำหนดเรื่อง “สิทธิของชุมชน” ซึ่งเป็น “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ในประเด็นเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความชัดเจนทั้ง “สิทธิเชิงเนื้อหา” และ “สิทธิเชิงกระบวนการ”



โดยแยกพิจารณาในรายละเอียด ดังนี้

(1) “สิทธิของชุมชน” ในส่วนที่เป็น “สิทธิเชิงเนื้อหา” ตามมาตรา 43 ให้กฎหมายลูกบัญญัติให้ชัดเจนว่า หมายถึง สิทธิในสองเรื่องต่อไปนี้

ก. สิทธิของชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืน ตามมาตรา 43 วรรคแรก (2) โดยบัญญัติรับรองสิทธิในเรื่องนี้ให้เป็นสิทธิที่โดยสภาพสามารถใช้ได้ทันที โดยชุมชนไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน หรือมีฐานะเป็นนิติบุคคล หรือต้องเข้าสู่กระบวนการขอและออกใบอนุญาตจากหน่วยงานภายใต้กฎหมายเฉพาะ และบัญญัติรับรองให้ชุมชนสามารถใช้กฎกติกาในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติที่ออกโดยชุมชนได้ เพราะสิทธิในเรื่องนี้เป็นสิทธิที่ใช้ในฐานะสิทธิในการจัดการประเภทหนึ่งภายใต้ระบบการจัดการทรัพยากรที่ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ คือ ระบบการจัดการโดยชุมชน (Common Property Regime)

ข. สิทธิของชุมชนในการร่วมจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐตามมาตรา 43 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในเรื่องนี้ให้เป็นสิทธิที่ชุมชนกับรัฐร่วมกันจัดการภายใต้รูปแบบการจัดการร่วม (Co-management) และควรกำหนดให้การจัดการร่วมดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจัดการร่วมที่มีชุมชนเป็นฐาน (Community-based Co-management) ด้วย

(2) “สิทธิของชุมชน” ในส่วนที่เป็น “สิทธิเชิงกระบวนการ” ตามมาตรา 57 และมาตรา 58 ให้กฎหมายลูกบัญญัติให้ชัดเจนว่า หมายถึง สิทธิในเรื่องต่างๆ ต่อไปนี้

ก. สิทธิเชิงกระบวนการตามมาตรา 57 (2)¹⁹ ซึ่งประกอบด้วยสิทธิของชุมชนในสองเรื่อง ดังนี้

ก) สิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ คุ่มครอง บำรุงรักษา ป่าชุมชน ฟื้นฟูบริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน

ข) สิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการได้รับประโยชน์จากการร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ คุ่มครอง บำรุงรักษา ป่าชุมชน ฟื้นฟูบริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จาก

¹⁹ มาตรา 57 “รัฐต้อง (1)

(2) อนุรักษ์ คุ่มครอง บำรุงรักษา ป่าชุมชน ฟื้นฟูบริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุล และยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์ อย่างสมดุลและยั่งยืน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณา ดำเนินการ หรืออนุญาต

ข. สิทธิเชิงกระบวนการตามมาตรา 58²⁰ ซึ่งประกอบด้วยสิทธิของชุมชนในเรื่องต่างๆ ดังนี้

ก) สิทธิของชุมชนในการแสดงความคิดเห็น เพื่อนำความคิดเห็นของชุมชนไปประกอบการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของชุมชน และนำการประเมินผลกระทบดังกล่าวไปพิจารณาก่อนการพิจารณาว่าจะอนุญาตการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ

ข) สิทธิของชุมชนในการได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐ ก่อนการดำเนินการหรืออนุญาตการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ

ค) สิทธิของชุมชนในการได้รับการเยียวยาความเสียหายหากการดำเนินการของรัฐหรือที่รัฐอนุญาตก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างเป็นธรรมและโดยไม่ชักช้า ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 51²¹ แล้ว สิทธิของชุมชนในประเด็นดังกล่าวยังรวมไปถึงสิทธิในการติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ และสิทธิในการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งล้วนเป็นสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม

²⁰ มาตรา 58 “การดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ ถ้าการนั้นอาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนหรือชุมชน และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนและชุมชนที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาดำเนินการหรืออนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง

ในการดำเนินการหรืออนุญาตตามวรรคหนึ่ง รัฐต้องระมัดระวังให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด และต้องดำเนินการให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและโดยไม่ชักช้า.”

²¹ มาตรา 51 “การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการรวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ.”

3.3 ตัวอย่างเนื้อหาของกฎหมายลูกเกี่ยวกับสิทธิเชิงกระบวนการ

กฎหมายลูกเกี่ยวกับสิทธิเชิงกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้วหรือกฎหมายใหม่ ซึ่งต้องมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเรื่องสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ อาจมีลักษณะดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) กรณีกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้ว ต้องปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาที่ยังไม่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 57 และมาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสิทธิชุมชนซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติฐานต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่ยังใช้ระบบรัฐจัดการ (State Property Regime) โดยให้ความสำคัญกับสิทธิเชิงกระบวนการของชุมชนค่อนข้างน้อยหรือไม่มีเลย ซึ่งหากไม่มีการปรับปรุงแก้ไข กฎหมายดังกล่าวก็จะเข้าข่ายกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างกฎหมายเดิมที่ต้องปรับปรุงแก้ไข ได้แก่ กรณีตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีตามมาตรา 57 (2)

(1) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ควรปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาโดยเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนทั้งสิทธิเชิงเนื้อหาและสิทธิเชิงกระบวนการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเชิงกระบวนการ ควรเพิ่มบทบัญญัติให้ชุมชนมีสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน สิทธิของชุมชนในการแสดงความคิดเห็น สิทธิขอชุมชนในการได้รับข้อมูลข่าวสาร และสิทธิของชุมชนในการได้รับการเยียวยาและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม

(2) พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ.2484 พ.ร.บ. การประมง พ.ศ.2490 พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 พ.ร.บ. ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 พ.ร.บ. น้ำบาดาล พ.ศ.2520 พ.ร.บ. สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2535 พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 พ.ร.บ. ส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ.2558 พ.ร.บ. แร่ พ.ศ.2560 ฯลฯ ในประเด็นบทบาทของรัฐที่ต้องเปิดให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการ ใช้ประโยชน์ และได้รับประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติประเภทนั้นๆ มากขึ้น

กรณีตามมาตรา 58

(1) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ในส่วนที่ว่าด้วยการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของชุมชน โดยให้ชุมชนมีส่วนร่วมกับรัฐในระดับที่เข้มข้นขึ้น ขยายขอบเขตของการมีส่วนร่วมของชุมชนในการได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลและการรับฟังความคิดเห็นของชุมชนให้กว้างขวางขึ้น รวมทั้งเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ชุมชนกรณีสิ่งแวดล้อมให้ชัดเจนขึ้น

2) กรณีออกกฎหมายใหม่

กรณีตามมาตรา 57 (2)

(1) ออกกฎหมายใหม่เป็นกฎหมายลูกว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชน โดยอาจแยกออกเป็นสองลักษณะ ได้แก่ กฎหมายใหม่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่มีบทบัญญัติเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนอยู่ในนั้นด้วย เช่น ร่างพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนในการจัดการที่ดินและทรัพยากร พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติธนาคารที่ดิน พ.ศ. หรือกฎหมายใหม่ที่เป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกเรื่อง เช่น ร่างพระราชบัญญัติการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการนโยบายสาธารณะ พ.ศ.

กรณีตามมาตรา 58

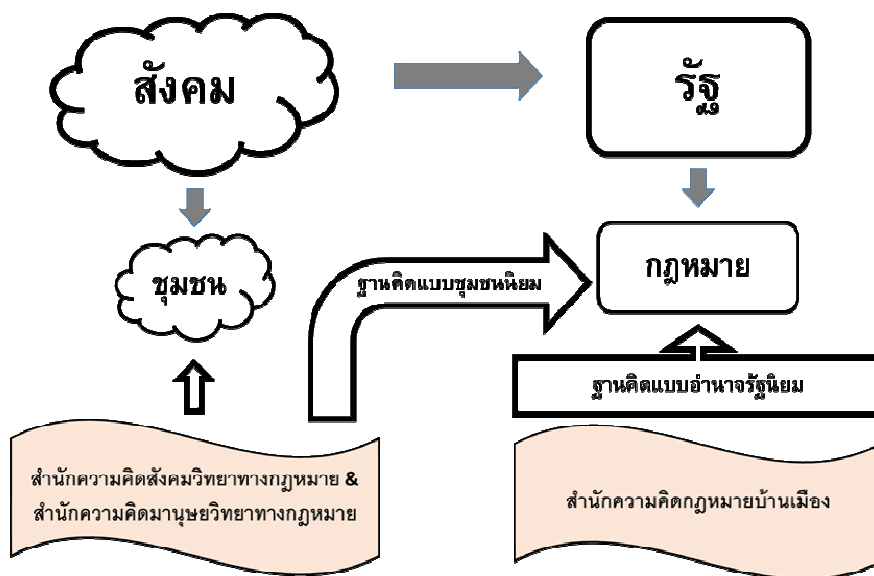
(1) ออกกฎหมายใหม่เป็นกฎหมายลูกในฐานะกฎหมายแกนกลางว่าด้วยการปฏิรูปโครงสร้างและระบบการศึกษาและประเมินผลกระทบที่ครอบคลุมทุกมิติ ทั้งมิติผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) และมิติผลกระทบต่อสุขภาพ (Health Impact Assessment: HIA) และที่ครอบคลุมทุกระดับ ทั้งระดับนโยบาย และระดับโครงการกิจกรรม โดยรวมถึงการประเมินผลกระทบด้านสุขภาพโดยชุมชน (Community Health Impact Assessment: CHIA) และการประเมินสิ่งแวดล้อมเชิงยุทธศาสตร์ (Strategic Environment Assessment: SEA) เพื่อให้ระบบดังกล่าวสะท้อนความเป็นจริงของผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจริง และหลีกเลี่ยงการลิดรอนสิทธิชุมชนในหลายๆ ด้านอันนำไปสู่ความขัดแย้งในสังคม

3.4 ข้อพึงระวังในการจัดทำกฎหมายลูกว่าด้วยสิทธิชุมชนในมิติทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

1) “ระบบจัดการโดยชุมชน (Common Property Regime)” ไม่ปฏิเสธความมีอยู่ของ “ระบบจัดการโดยรัฐ (State Property Regime)” กล่าวคือ ระบบจัดการโดยชุมชนไม่ใช่ระบบจัดการที่แยกใช้โดยลำพังอย่างโดดเดี่ยวและปฏิเสธความมีอยู่ของรัฐ แต่จะใช้ผสมผสานกันกับระบบจัดการโดยรัฐ จนเกิดเป็นระบบจัดการใหม่ที่เรียกว่า “ระบบการจัดการร่วม” ซึ่งหมายถึง การจัดการทรัพยากรธรรมชาติร่วมกันระหว่างรัฐและชุมชน ทั้งนี้ หากการจัดการร่วมใดกำหนดบทบาทของชุมชนให้มีสัดส่วนเข้มข้นมากกว่าบทบาทของรัฐ โดยการเอา “ชุมชนเป็นฐานของการจัดการร่วม” ดังกล่าว เราเรียกการจัดการร่วมนั้นว่า “การจัดการร่วมกันโดยเอาชุมชนเป็นฐาน” ซึ่งหมายถึง รัฐจะไม่เข้าไปครอบงำชุมชนมากเกินไปจนกระทั่งคุณค่าของความเป็นชุมชนหรือระบบจัดการโดยชุมชนถูกทำให้ด้อยค่าหรือถูกทำลายลง ดังนั้น กฎหมายลูกที่จะมารับรองสิทธิชุมชนที่เชื่อมโยงกับ

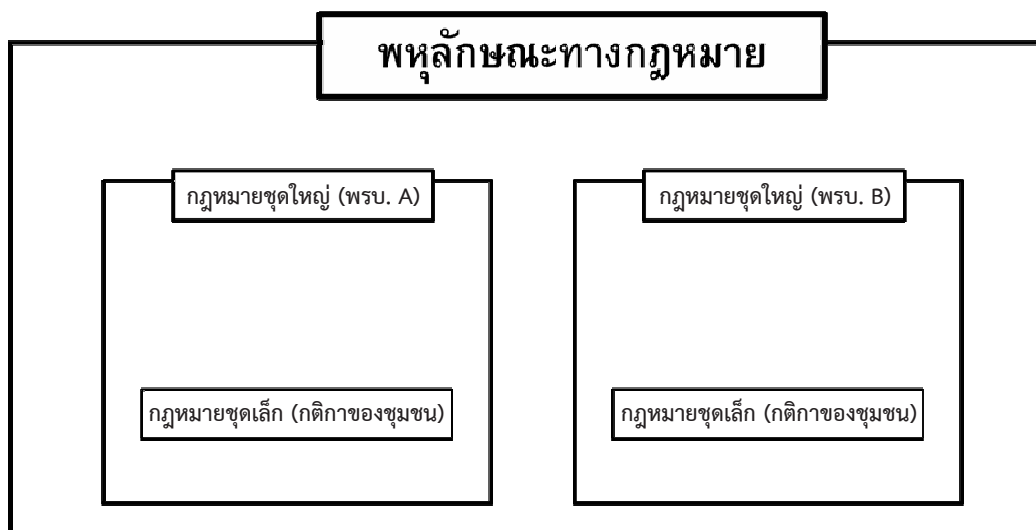
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจะต้องใช้ “ฐานคิดแบบชุมชนนิยม” เป็นหลัก ไม่ใช่ “ฐานคิดแบบอำนาจรัฐนิยม” เป็นหลัก มิฉะนั้นกฎหมายดังกล่าวจะบิดเบือนระบบจัดการโดยชุมชนที่แท้จริง กล่าวคือ แทนที่จะเป็นกฎหมายส่งเสริมและสนับสนุนสิทธิชุมชน กลับกลายเป็นกฎหมายที่ควบคุมกำกับและลดทอนสิทธิชุมชนไปในที่สุด

2) การจัดทำ “กฎหมายลูก” เพื่อรับรองสิทธิชุมชนจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงข้อจำกัดและความคับแคบของ “ฐานคิดแบบอำนาจรัฐนิยม” เนื่องจาก ในการจัดทำกฎหมายลูกเพื่อรับรองสิทธิชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนนั้น มีความเสี่ยงที่ผู้ทำหน้าที่แก้หรือออกกฎหมายอาจไม่เข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับชุมชนอย่างละเอียดลึกซึ้งพอ และอาจเลือกปรัชญาความคิดทางกฎหมายที่เคยชินแต่ไม่สอดคล้องกับบริบทของชุมชนมาใช้ ตัวอย่างเช่น ไปนำเอาปรัชญาความคิดทางกฎหมายของ “สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง” ที่สนับสนุนฐานคิดแบบอำนาจรัฐนิยมมาใช้ แทนที่จะนำปรัชญาความคิดทางกฎหมายของ “สำนักความคิดสังคมวิทยาทางกฎหมาย” และ/หรือ “สำนักความคิดมานุษยวิทยาทางกฎหมาย” ที่สนับสนุนฐานคิดแบบชุมชนนิยมมาใช้ ปัญหาดังกล่าวจะนำไปสู่การแก้หรือออกกฎหมายลูกที่ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการสนับสนุนและส่งเสริมสิทธิชุมชนและระบบจัดการโดยชุมชน และเป็นการแก้หรือออกกฎหมายลูกที่เบี่ยงเบนไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่มุ่งให้ชุมชนมีสิทธิจัดการทรัพยากรธรรมชาติร่วมกับรัฐ



3) การสร้างความยืดหยุ่นและสอดคล้องระหว่าง “กฎกติกาของชุมชน” กับ “กฎหมายระบบใหญ่” เพื่อตอบสนองภารกิจจัดการร่วมโดยรัฐและชุมชนไม่สามารถทำได้โดย “ระบบกฎหมายเชิงเดี่ยว” แต่ต้องอาศัย “พหุลักษณะทางกฎหมาย (Legal Pluralism)” หัวใจสำคัญของ “ระบบการจัดการร่วม” ซึ่งเป็นการจัดการร่วมกันระหว่างรัฐและชุมชน คือ การนำจุดแข็งของระบบหนึ่งมาเสริมจุดอ่อนของอีกระบบหนึ่ง กล่าวคือ ภายใต้ระบบจัดการโดยชุมชน แม้กฎกติกาของชุมชนจะประกอบด้วยแนวทางปฏิบัติที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม แต่กฎดังกล่าวผูกพันเฉพาะในบรรดาสมาชิกชุมชนด้วยกันเท่านั้น ไม่ผูกพันหรือมีอำนาจบังคับเหนือบุคคลภายนอกชุมชน ดังนั้น ระบบจัดการโดยรัฐต้องรับรองแนวทางปฏิบัติและกฎกติกาชุมชนดังกล่าวไว้ในกฎหมายระดับประเทศ โดยไม่กำหนดการใช้อำนาจรัฐในทางครอบงำหรือแทรกแซงกฎกติกาชุมชนดังกล่าว ทั้งนี้ ประโยชน์ที่รัฐจะได้ คือ การมีชุมชนมาทำหน้าที่ช่วยรัฐสอดส่องดูแล ปกป้อง บำรุงรักษา อนุรักษ์ และจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน โดยรัฐไม่ต้องทุ่มเทงบประมาณและกำลังคนจำนวนมากมหาศาลเพื่อการนี้ ส่วนประโยชน์ที่ชุมชนจะได้ก็คือชุมชนเองสามารถออกแบบกฎกติกาของชุมชนให้ตอบสนองได้เหมาะสมต่อประเภทและสภาพภูมิโนเวศของทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ และสอดคล้องกับเงื่อนไข ความต้องการ และความจำเป็นเฉพาะของชุมชนในแต่ละพื้นที่ได้มากกว่ากฎหมายระดับประเทศที่ปรับใช้กับทุกพื้นที่เหมือนกันหมด ซึ่งอาจสอดคล้องกับบางพื้นที่แต่อาจไม่สอดคล้องกับบางพื้นที่

อย่างไรก็ตาม “กฎกติกาของชุมชน” ซึ่งเปรียบเสมือน “กฎหมายชุดเล็ก” ดังกล่าวต้องไม่ใช่กฎเถื่อนที่ไม่มีการยอมรับจากภายนอกชุมชน แต่ต้องมีความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับ “กฎหมายของประเทศ” ที่เป็น “กฎหมายชุดใหญ่” ด้วย ตัวอย่างเช่น หากในอนาคตจะมีการแก้กฎหมายเก่าหรือออกกฎหมายใหม่เป็นกฎหมายชุดใหญ่ในรูปของพระราชบัญญัติทรัพยากรชายฝั่งและประมง ที่มีบทบัญญัติบางส่วนว่าด้วยชุมชนประมงชายฝั่ง โดยรับรองอำนาจของชุมชนประมงชายฝั่งในการออกกฎกติกาของชุมชนในฐานะกฎหมายชุดเล็กได้ หรือหากในอนาคตจะมีการแก้กฎหมายเก่าหรือออกกฎหมายใหม่เป็นกฎหมายชุดใหญ่ในรูปของพระราชบัญญัติทรัพยากรป่าไม้และป่าอนุรักษ์ โดยรับรองอำนาจของชุมชนที่อยู่กับป่าให้สร้างป่าชุมชนและ ออกกฎกติกาป่าชุมชนในฐานะกฎหมายชุดเล็กได้ การมี “กฎหมายสองชุดภายใต้ระบบกฎหมายเดียว” ในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า “พหุลักษณะทางกฎหมาย” เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้สร้างความยืดหยุ่นระหว่าง “กฎกติกาของชุมชน” กับ “กฎหมายระบบใหญ่” เพื่อตอบสนองภารกิจจัดการร่วมโดยรัฐและชุมชน



4. บทสรุป

“สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ของระบบกฎหมายไทย การใช้สิทธิชุมชนเป็นการใช้สิทธิในนามกลุ่ม ไม่ใช่ใช้สิทธิในนามบุคคล ก่อนจะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนเป็นครั้งแรก ระบบกฎหมายไทยรับรองแต่ระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยรัฐ และระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยเอกชนเท่านั้น ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 รวมทั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ได้มีการบัญญัติรองรับ “สิทธิของชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติด้วย จึงมีผลเป็นการสถาปนาระบบการจัดการเพิ่มขึ้นมาอีกประเภทหนึ่ง คือ ระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชน โดยระบบการจัดการโดยชุมชนมีลักษณะ เงื่อนไข บริบท และวิธีปฏิบัติเฉพาะที่ไม่เหมือนระบบจัดการโดยรัฐและระบบจัดการโดยเอกชน ระบบ “ชุมชนจัดการ” จึงเป็นรูปแบบใหม่ในระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติภายใต้กฎหมายไทย

ทั้งนี้ ก่อนจะได้รับการสถาปนา “ความชอบด้วยกฎหมาย” โดยรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับล่าสุดของไทยนั้น ระบบจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชนได้รับการรับรอง “ความชอบธรรม” มาก่อนแล้ว จาก “ข้อเท็จจริง” ที่ว่าชาวบ้านที่รวมกลุ่มเป็นชุมชน “บางชุมชน” ในพื้นที่บางแห่ง มีทำเลอยู่อาศัยใกล้ชิดกับธรรมชาติ มีวิถีชีวิตการดำรงชีพในลักษณะที่พึ่งพาอาศัยและใช้ทรัพยากรธรรมชาติแบบไม่ทำลาย แต่มีความสัมพันธ์ที่ดีกับธรรมชาติโดยดูแลรักษาและอนุรักษ์ธรรมชาติ จนเกิดเป็นแนวปฏิบัติและสร้างเป็นกฎกติกาของชุมชนในการช่วยกันรักษา

ทรัพยากรธรรมชาตินั้น การจะกล่าวอ้างความเป็นชุมชนเพื่อเข้าสู่การใช้สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติภายใต้ระบบจัดการโดยชุมชนนั้น ไม่ใช่ว่าทุกชุมชนจะอ้างความเป็นชุมชนหรืออ้างสิทธิในการจัดการโดยชุมชนได้โดยพลการหรืออย่างเลื่อนลอย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะหลัง มีการขยายขอบเขตของการเป็นชุมชนให้ครอบคลุมไปถึงชุมชนที่ไม่ได้ยึดโยงกับพื้นที่เชิงกายภาพด้วย

ดังนั้น นิยามความเป็นชุมชนหรือเงื่อนไขการใช้สิทธิชุมชนดังกล่าว จำเป็นต้องมีกฎหมายลูกรองรับและกำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนด้วยเหตุผลในเชิงการบริหารจัดการและการอำนวยความสะดวก เพื่อให้สามารถอธิบายได้ว่าหน่วยใดของสังคมที่เรียกว่า “ชุมชน” และเป็นชุมชนที่พึงมี “สิทธิชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยนำหลักเกณฑ์ของการจัดการร่วมอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืนมาใช้เป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาความมีสิทธิชุมชน นอกจากนั้นแล้ว ยังรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ต่างๆ เช่น ขอบเขตของระบบการจัดการโดยชุมชน ระบบ และกลไกการบังคับใช้กติกาของชุมชน การสอดส่องให้ดำเนินการตามกฎหมาย การจัดการความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้น เป็นต้น สิ่งนี้คือจุดมุ่งหมายของการต้องมีกฎหมายรองรับในการนิยามความเป็นชุมชนหรือเงื่อนไขการใช้สิทธิชุมชน

อย่างไรก็ตาม ต้องพึงตระหนักว่า สิทธิชุมชนเกิดขึ้นแล้วและมีผลแล้วทันทีตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น วัตถุประสงค์อันแท้จริงของกฎหมายลูกดังกล่าว คือ เพื่อประโยชน์ในเชิงบริหารจัดการและอำนวยความสะดวกให้การนำสิทธิชุมชนมาสู่ระดับปฏิบัติโดยไม่ผิดเพี้ยน การออกกฎหมายลูกจึงไม่ใช่เพื่อกำหนดความมีผลหรือไม่มีผลของสิทธิชุมชน ซึ่งเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลูกดังกล่าวจะต้องไม่ปลดทอนคุณค่าและความชอบธรรมของความเป็นชุมชนหรือสิทธิชุมชนที่ชุมชนมีอยู่แล้วให้ด้อยคุณค่าลง

ในการออกแบบกฎหมายลูก จะต้องคำนึงถึงวิถีปฏิบัติของระบบจัดการโดยชุมชนที่ไม่เหมือนกับระบบจัดการโดยรัฐและระบบจัดการโดยเอกชน กล่าวคือ ต้องพิจารณาสิ่งที่ เป็น “เงื่อนไขเชิงข้อเท็จจริง” ประกอบด้วย เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่ามีการรวมกลุ่มของบุคคลหลายคนเป็นชุมชนหรือไม่? ข้อเท็จจริงที่ว่าชุมชนนั้นมีการบริหารจัดการภายในกลุ่มเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่? ข้อเท็จจริงที่ว่าลักษณะการจัดการโดยชุมชนเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมหรือเป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืนหรือไม่? เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นเงื่อนไขที่นำมาสู่การยอมรับให้มีสิทธิชุมชนตามนัยของกฎหมาย และกฎหมายลูกจะต้องกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่นำมาใช้เป็นเงื่อนไขดังกล่าว ควรเป็นข้อเท็จจริงที่จำเป็นและสนับสนุนหรือรักษา “คุณค่าที่แท้จริง” ของความเป็นชุมชนและระบบจัดการโดยชุมชนเท่านั้น กฎหมายลูกต้องไม่เพิ่ม “เงื่อนไขอย่างอื่น” ที่ไม่เคารพคุณค่าความเป็นชุมชนหรือลดทอนคุณค่าของระบบจัดการโดยชุมชนลง เช่น การสร้าง

เงื่อนไขเพื่อนำไปสู่การออกใบอนุญาตหรือการจดทะเบียนโดยรัฐ เพื่อให้รัฐเข้ามาควบคุมระบบจัดการโดยชุมชน อันเป็นเหตุทำให้ระบบจัดการโดยชุมชนถูกแปรรูปไปเป็นระบบจัดการโดยรัฐ

บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม. การมีส่วนร่วมของประชาชน. เอกสารประกอบการสัมมนาวันสิ่งแวดล้อมไทย ณ ห้องบอลรูม ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์. (4-6 ธันวาคม 2543).
- กฤติน จันทร์สนธิมา และอรทัย อินตะไชยวงศ์. “การมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน: ศึกษาเฉพาะกรณีป่าชุมชน บ้านคลองห้วยหวาย อำเภอแม่เปิน จังหวัดนครสวรรค์.” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 9,1 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 58-79.
- กุลพล พลวัน. คำอธิบายกฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8-15. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2534.
- โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์. ความเข้าใจในการปกครองระบอบประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.
- คณะกรรมการการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.
- คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. รายงานวิจัย เรื่อง แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540: ปัญหา อุปสรรค และทางออก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2543.
- คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการวิจัยเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2559.
- เจมส์แอล. เครย์ตัน. คู่มือการมีส่วนร่วมของประชาชน การตัดสินใจที่ดีกว่าโดยให้ชุมชนมีส่วนร่วม. นนทบุรี: สำนักพิมพ์สถาบันพระปกเกล้า, 2551.
- เฉลิม เกิดโมลี. “แนวทางการมีส่วนร่วมในกระบวนการนโยบาย.” เอกสารประกอบการเสวนาวิพากษ์ตัวแบบการมีส่วนร่วมของประชาชน. กรุงเทพมหานคร, 2543.
- ชยาภรณ์ ชื่นรุ่งโรจน์. ชุมชนและการพัฒนาชุมชน [Online]. AvailableURL: <http://www.human.cmu.ac.th/home/hc/ebook/006103/lesson10/01.htm>, 2561 (ธันวาคม, 18).
- ชล บุนนาค. แนวคิดว่าด้วยการจัดการทรัพยากรร่วม ประสบการณ์จากต่างประเทศ และแนวคิดในประเทศไทย. นนทบุรี: สำนักพิมพ์สำนักงานปฏิรูป, 2554.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. ประชาพิจารณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

- ณัฐดนัย นาจันทร์. “ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายกับทฤษฎีด้วยรัฐและสัญญาประชาคม.” *วารสารสังคมศาสตร์ นิติรัฐศาสตร์* 1, 2 (2560): 50-62.
- ดำรงศักดิ์ แก้วเพ็ง. *ชุมชน*. สงขลา: สำนักพิมพ์นำศิลป์โฆษณา, 2556.
- ทินพันธ์ นาคะตะ. *รัฐศาสตร์: ทฤษฎี แนวความคิด ปัญหาสำคัญ และแนวทางการศึกษาวิเคราะห์การเมือง*. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด สหยาบบล็อกและการพิมพ์, 2543.
- ธร ปีติฉล. *แนวคิดชุมชนนิยมกับการสร้างเสริมเสรีภาพ* [Online]. Available URL: <http://v-reform.org/wp-content/uploads/2014/06/แนวคิดเรื่องชุมชนกับการสร้างเสริมเสรีภาพ.pdf>, 2561 (ธันวาคม, 18).
- นฤพนธ์ ด้วงวิเศษ. *Legal Anthropology*. [Online]. Available URL: <http://www.sac.or.th/databases/anthropology-concepts/glossary/77>, 2561 (ธันวาคม, 18).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สถาบันพระปกเกล้า, 2548.
- บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร. “สิทธิในการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน ศึกษาเปรียบเทียบต่างประเทศกับประเทศไทย.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต*, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552.
- บุญเลิศ วิเศษปรีชา. “ชุมชน: จากอุดมคติถึงเครื่องมือเพื่อการปกครอง.” *วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ* 11, 1 (2559): 9-35.
- เบญจพรรณ เอกะสิงห์. “โครงสร้างระบบเศรษฐกิจและการจัดการทรัพยากร: บทสำรวจสถานการณ์ความรู้.” ใน *อานันท์ กาญจนพันธ์. บรรณาธิการ. พลวัตของชุมชนในการจัดการทรัพยากร: กระบวนทัศน์และนโยบาย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2543.
- ปราสาท หลักศิลา. *ชุมชน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สภาวิจัยแห่งชาติ, 2519.
- ปริญญญา เทวานฤมิตรกุล. “การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความเป็นประชาธิปไตยทางตรง.” *วารสารกฎหมายปกครอง* 17, 2 (สิงหาคม 2541): 57-81.
- ปัทมาวดี ชูชุกี และชล บุนนาค. “โครงสร้างอำนาจในการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทย.” ใน *ปกป้อง จันวิทย์. บรรณาธิการ. เศรษฐศาสตร์การเมืองและสถาบันสำนักท่าพระจันทร์*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเพ่นบุ๊กส์, 2552.
- ไพสิฐ พาณิษฐ์กุล. “Legal Pluralism กับอนาคตวิชาการนิติศาสตร์ไทย.” *วารสารนิติสังคมศาสตร์* 3 (มกราคม-ธันวาคม 2548): 35-51.
- โกดิน พลกุล. *การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์: การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารราชการแผ่นดิน*. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คปไฟ, 2545.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542.

ยศ บริสุทธิ์. การศึกษาชุมชน: แนวคิดฐานวิจัย และกระบวนการทางวิทยาศาสตร์. ขอนแก่น: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2558.

ยศ สันตสมบัติ. สิทธิชุมชน พัฒนาการและการปรับกระบวนการทัศน์ทางมานุษยวิทยา [Online]. Available URL: http://203.131.219.242/cdm/singleitem/collection/trf_or_th/id/2184/rec/6, 2561 (ตุลาคม, 9).

วิทยากร เชียงกุล. อธิบายศัพท์สังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนา [Online]. Available URL: <https://witayakornclub.wordpress.com/2008/04/15/comunitarian-ชุมชนนิยม/>, 2561 (ตุลาคม, 9).

ศรัณยู หมั่นทรัพย์. พลเมืองและความเป็นพลเมืองกับมุมมองที่แตกต่าง ระหว่างเสรีนิยมและชุมชนนิยม (ตอนที่ 2) [Online]. Available URL: <http://tpir53.blogspot.com/2010/11/2.html>, 2561 (ตุลาคม, 21).

สนธยา พลศรี. ทฤษฎีและหลักการพัฒนาชุมชน. กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2547.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. “พหุนิยมทางกฎหมาย.” วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 3, 1 (2559): 21-33.

สมยศ เชื้อไทย. ทฤษฎีกฎหมายนิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

สัญญา สัญญาวิวัฒน์. การพัฒนาชุมชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2525.

สุธาวัลย์ เสถียรไทย. ธรรมชาติและกระบวนการนโยบายสาธารณะในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2554.

_____. สิทธิและปัญหาทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่ต้องใช้ร่วมกัน ในสมาลี ปิตยานนท์ และคณะ. บรรณาธิการ. เศรษฐกิจไทย: สู่การพัฒนาที่ยั่งยืน. กรุงเทพมหานคร: บริษัท คอมฟอร์ม จำกัด, 2538.

สุพัฒน์ อัยไพบูลย์สวัสดิ์. เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.

อมรวิทย์ นาครทรรพ. การศึกษาในวิถีชุมชน: การสังเคราะห์ประสบการณ์ในชุดโครงการวิจัยด้านการศึกษากับชุมชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548.

อานันท์ กาญจนพันธุ์. ฐานทรัพยากรในฐานะทุนชีวิตกับการจัดการแบบมีส่วนร่วมในฐานทรัพยากรทุนชีวิต...ของสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2546.

- อานันท์ กาญจนพันธุ์. **มิติชุมชน: วิธีคิดท้องถิ่นว่าด้วยสิทธิ อำนาจ และการจัดการทรัพยากร.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544.
- _____. **พลวัตรในการจัดการทรัพยากร: กระบวนทัศน์และนโยบาย.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544.
- Aun, Wu Min. **The Malaysian Legal System.** 2nd. ed. Kuala Lumpur: Pearson Education Malaysia SDN. BHD., 1999.
- Ballet, Jérôme, Kouamékan J.-M. Koffi, and K. Boniface Komona. "Co-management of natural resources in developing countries: The importance of context." *Économie internationale* 120, 4 (September 2009): 53-76.
- Bell, Daniel. **Communitarianism** [Online]. Available URL: <https://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/>, 2018 (May, 29).
- Benhabib, Seyla. **Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics.** Cambridge: Polity Press, 1992.
- Borrini-Feyerabend, Grazia, and others. **Co-management of Natural Resources: Organizing. Negotiating and Learning-by-Doing.** Germany: Kasperek Verlag, 2000.
- Bowen, John R. **A New Anthropology of Islam.** Cambridge UK: Cambridge University Press, 2012.
- Bromley, Daniel W. **Environment and Economy: Property rights & public policy.** Cambridge: Basil Blackwell, 1991.
- Carlsson, Lars and Fikret Berkes. "Co-management: concepts and methodological implications." *Journal of Environmental Management* 75, 1 (April 2005): 65-76.
- Delaney, Cornelius F. **The Liberalism-Communitarianism Debate.** London: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.
- Delanty, Gerard. **Community.** London: Routledge, 2003. Dupret, Baudouin, Maurits Berger, and Laila al-Zwainai. (eds.). **Legal Pluralism in the Arab World.** Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Delphine Olivieri, Gauthier Tardy. **Consumer behavior and cultural effects on taboo products** [Online]. Available URL: <https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/16946/THESIS%20FINAL.pdf>, 2018 (October, 8).

- De Vries, Hent, and Lawrence E. Sullivan. ed. **Political Theologies: public religions in a post-secular world**. New York: Fordham University Press, 2006.
- Etzioni, Amitai. **Communitarianism** [Online]. Available URL: <https://icps.gwu.edu/sites/icps.gwu.edu/files/downloads/Communitarianism.Etzioni.pdf>, 2018 (April, 4).
- _____. **Communitarianism** [Online]. Available URL: <https://www.britannica.com/topic/communitarianism>, 2018 (April, 4).
- _____. "Communitarianism revisited." **Journal of Political Ideologies** 19, 3 (2014): 241-260.
- Field, Richard H. and others. **Material for Basic Course in Civil Procedure**. New York: West, 1990.
- Giddens, Anthony. **Beyond Left and Right**. Cambridge: Polity Press, 1994.
- Green, Milton D. **Basic Civil Procedure**. New York: the Foundation, 1972.
- Gutmann, Amy. (ed.) **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Princeton. NJ: Princeton University Press, 1994.
- Hardin, Garrett. "The Tragedy of the Commons." **Science** 162, 3859 (December 1968): 1243-1248.
- Hooker, M. Barry. **Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo Colonial Laws**. Oxford: Clarendon Press, 1975.
- International Union for Conservation of Nature. **Resolutions and recommendations** [Online]. Available URL: <http://iucn.org/wcc/resolutions/resrecen.pdf>, 1996 (June, 15).
- Johnson. **Communitarian Ethics** [Online]. Available URL: https://rhchp.regis.edu/HCE/EthicsAtAGlance/CommunitarianEthics/CommunitarianEthics_02.html, 2018 (July, 10).
- MacIntyre, Alasdair. **Against the Self-Images of the Age**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1978.
- MacIntyre, Alasdair. **Whose Justice? Which Rationality?**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.
- Mastin, L. **Communitarianism**. [Online]. Available URL: http://www.philosophybasics.com/branch_communitarianism.html, 2018 (September, 5).
- Merry, Sally Engle. "Legal Pluralism." **Law & Society Review** 22, 5 (1988): 869-896.

- Nemes, Gusztáv. **Integrated Rural Development the Concept and Its Operation.** Budapest: Institute of Economics Hungarian Academy of Science, 2005.
- Nikolas Rose. **Powers of freedom.** Cambridge. MA.: Harvard University Press, 1999.
- Ostrom, Elinor. "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems." **American Economic Review** 100 (June 2010): 641-672.
- _____. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action.** Cambridge. UK: Cambridge University Press, 1990.
- _____. **Strategies of Political Inquiry.** Beverly Hills: Sage Publication, 1982.
- Sanders, Irwin T. **The Community: An Introduction to A Social System.** New York: The Ronald Press, 1958.
- SinghBhandari, Rajendra M. "Applying adaptive community forest management in Nepal: Silviculture demonstration plot perspective. A case study of Nureni Chisapanicomunity forest user group. Makwanpur. Central Nepal." M.A. Thesis in Natural Resource Management, Faculty of Graduate Studies, Mahidol University, 2007.
- Tapp, Nicholas. **Sovereignty and Rebellion: The White Hmong of Northern Thailand.** Singapore: Oxford University Press, 1989.
- Taylor, Charles. **Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2.** Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- The World Bank. **Report from the International Workshop on Community-Based natural Resource Management (CBNRM)** [Online]. Available URL: <http://www.worldbank.org/wbi/conatrem/>, 1999 (May, 17).
- Walzer, Michael. **Spheres of Justice.** Oxford: Blackwell, 1983.
- Wondolleck, Julia M., and Steven L. Taffee. **Making Collaboration Work.** Washington D.C: Island Press, 2000.
- Young, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference.** Princeton: Princeton University Press, 1990.

คำพิพากษาฎีกาน่าสนใจ:
แนวคำพิพากษาศาลฎีกาใหม่กับอำนาจการสอบสวน
ความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลง
นอกราชอาณาจักรไทย

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์
พร้อมพร พิษณุภักดีอนันต์

คำพิพากษากฎีกานำสนใจ:
แนวคำพิพากษาศาลฎีกาใหม่กับอำนาจการสอบสวนความผิดซึ่งมีโทษ
ตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์*
Nitinant Bruranajroenrak
พร้อมพร พิษณุภักตื่อนันต์**
Promporn Pitpakdee-A-Nan

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 6, 52

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20, 120

“ข้อเท็จจริง: จำเลยพาผู้เสียหายจากประเทศไทยส่งออกไปนอกราชอาณาจักรยังประเทศญี่ปุ่นแล้วหวังเหนี่ยวรั้งไว้และจัดให้อยู่อาศัยในประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้ผู้เสียหายทำการค้าประเวณี ที่สถานที่การค้าประเวณีที่ประเทศญี่ปุ่นโดยการฉ้อฉลและใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหาย เพื่อบังคับข่มขู่ให้ผู้เสียหายกระทำการค้าประเวณี หรือเพื่อสนองความใคร่หรือสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการลำเอียงเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดอันเป็นการมิชอบ เพื่อจำเลย

*อัยการผู้ช่วย สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nitinantattorney@hotmail.com.

Assistant Public Prosecutor, Public Prosecutor Official Training Institute, Office of the Attorney General; LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. at Ramkhamhaeng University.

**อัยการผู้ช่วย สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด; นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, นิติศาสตรมหาบัณฑิต กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: promporn.une@gmail.com.

Assistant Public Prosecutor, Public Prosecutor Official Training Institute, Office of the Attorney General; LL.B. (second-class honor) at Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Trade Regulation, Thammasat University.

จะได้แสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมและไม่สามารถขัดขึ้นได้ เหตุเกิดที่ตำบลนาเฉลียง อำเภอหนองไผ่ จังหวัดเพชรบูรณ์ ตำบลบ้านไผ่ อำเภอบ้านไผ่ จังหวัดขอนแก่น แขวงห้วยขวาง เขตห้วยขวาง แขวงท่าข้าม เขตบางขุนเทียน กรุงเทพมหานคร และประเทศญี่ปุ่น หลายท้องที่เกี่ยวพันกันอัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ทำการสอบสวน โดยให้พนักงานอัยการสำนักงานคดีอาญาร่วมทำการสอบสวน และให้ผู้บังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์หรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ

พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยต่อศาล: ขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 มาตรา 6, 52 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283

คำให้การของจำเลย: ปฏิเสธ

คำพิพากษาศาลชั้นต้น: จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 วรรคแรก พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง การกระทำของจำเลยเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 จำคุก 1 ปี 6 เดือน ทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 1 ปี ข้อหาอื่นในท้าย

จำเลยอุทธรณ์

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์: พิพากษายืน

จำเลยฎีกา โดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาและลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง อ้างเหตุขึ้นใหม่ในชั้นฎีกาทำนองว่า พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์มีอำนาจสอบสวนคดีนี้ อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน ไม่มีอำนาจสอบสวน และการสอบสวนคดีนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกา: พิพากษายืน

เหตุผลสำหรับคำพิพากษาศาลฎีกา: จำเลยพาผู้เสียหายจากประเทศไทยส่งออกไปนอกราชอาณาจักรยังประเทศญี่ปุ่นแล้วหน่วงเหนี่ยวกักขังไว้และจัดให้อยู่อาศัยในประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้ผู้เสียหายทำการค้าประเวณีที่สถานที่มีการค้าประเวณีที่ประเทศญี่ปุ่นโดยการฉ้อฉลและใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหาย เพื่อบังคับข่มขู่ให้ผู้เสียหายกระทำการค้าประเวณี หรือเพื่อสนองความใคร่

หรือสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่น อันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดอันเป็นการมิชอบ เพื่อจำเลยจะได้แสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายไม่ยินยอม และไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดลงนอกราชอาณาจักรไทย ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าอัยการสูงสุดมอบหมายให้พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ทำการสอบสวน โดยให้พนักงานอัยการ สำนักงานคดีอาญาร่วมทำการสอบสวน และให้ผู้บังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์หรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ ดังนี้ พนักงานสอบสวน กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ จึงมีอำนาจสอบสวนคดีนี้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น แม้ปัญหาข้อนี้จำเลยจะไม่ได้ต่อสู้ไว้ในศาลล่างทั้งสอง แต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จำเลยสามารถยกขึ้นอ้างในชั้นฎีกาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225

...

พิพากษายืน”¹

คำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำความผิดลงนอกราชอาณาจักรไทย กรณีใดที่จะเป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำความผิดลงนอกราชอาณาจักรไทยนั้น ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นว่ามีบทบัญญัติให้การกระทำความผิดที่ได้กระทำนอกราชอาณาจักรไทยนั้น ต้องรับโทษในราชอาณาจักรไทยหรือไม่ ซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีกฎหมายที่บัญญัติไว้ คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5, 7 (2 ทวิ), 282 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 9 แต่ประเด็นที่จะกล่าวในบทความนี้ไม่ใช่เรื่องที่ว่า จำเลยจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรไทยหรือไม่ แต่เป็นประเด็นที่ว่า การกระทำของจำเลยอยู่ในความหมายของ “ความผิดซึ่งมีโทษตาม

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัย ศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2562 (กุมภาพันธ์, 15) ในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้เขียนจะเขียนในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจการสอบสวนความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำความผิดลงนอกราชอาณาจักรไทย ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 เท่านั้น.

กฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่งหรือไม่ ซึ่งส่งผลถึงการเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบการสอบสวน และอำนาจฟ้องของพนักงานอัยการ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้น ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 บัญญัติให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบนั้น เพราะเป็นเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ประสานงานกลางในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศ² ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551³ และพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535⁴

เดิมความหมายของความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 หมายถึง การกระทำความผิดทั้งหมดต้องกระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7, 8, 9 เท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอกราชอาณาจักรไทยเพราะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักรไทย⁵ และไม่รวมถึงความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5⁶ แต่อาจารย์อรรถพล ใหญ่สว่าง อดีตอัยการสูงสุด เห็นว่า “คำว่านอกราชอาณาจักรให้ถือตามสภาพความเป็นจริง ดังนั้น การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอก

²อุทัย อาทิวา, การสอบสวน (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พรินต์, 2562), หน้า 308.

³“พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 125 ตอนที่ 32 ก (11 กุมภาพันธ์ 2551): 36.

⁴“พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 109 ตอนที่ 40 (7 เมษายน 2535): 27.

⁵คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2670/2535; ศาลฎีกา, เรื่องเดียวกัน.

⁶เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัด พลสยาม-พรินต์ (ประเทศไทย), 2553), หน้า 512.

ราชอาณาจักรตามความเป็นจริงจึงอยู่ในความหมายของคำว่า “นอกราชอาณาจักร” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 จุดนี้มีความหมายแตกต่างกับหลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง...”⁷ อย่างไรก็ตามในบทความนี้จะวิเคราะห์ถึงการกระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 ว่า เป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่งหรือไม่เท่านั้น

ก่อนหน้านี้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2526 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดต่อเนื่องทั้งในราชอาณาจักรไทยและนอกราชอาณาจักรไทย เป็นกรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19 ไม่นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 มาพิจารณา และนอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2679/2559 และ 3118/2559 วินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2526 แต่การกระทำความผิดต่อเนื่องทั้งในราชอาณาจักรไทยและนอกราชอาณาจักรไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5 นั้นมีความเห็นทางวิชาการ ดังนี้

ศาสตราจารย์กฤษฎีกา ฤกษ์ ธรรมการแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า “ในส่วนของกระทำความผิดตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งส่วนหนึ่งกระทำผิดในประเทศไทย อีกส่วนหนึ่งกระทำในต่างประเทศ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา ให้ถือว่าเป็นความผิดภายในราชอาณาจักร จึงเป็นประเด็นข้อกฎหมายว่าการสอบสวนคดีที่เกิดขึ้นดังกล่าวซึ่งเป็นความคาบเกี่ยวระหว่างราชอาณาจักรไทยและนอกราชอาณาจักรไทยจะเป็นความผิดในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19 หรือเป็นความผิดนอกราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 20 กรณีดังกล่าวหากเป็นแนวทางปฏิบัติของอัยการสูงสุด ถือว่าเป็นคดีที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งอัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาถือเป็นความผิดในราชอาณาจักร ซึ่งพนักงานสอบสวนที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 19 เป็นผู้รับผิดชอบอย่างไรก็ดี ในปัจจุบันมีคำพิพากษาศาลฎีกามีแนวโน้มชี้แจงไปในทางเดียวกับอัยการสูงสุดคือ เป็นความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ซึ่งอัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่อาจจะมอบหมายให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20

⁷ อรรถพล ใหญ่สว่าง, คำอธิบายวิชาสัมมนากฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561), หน้า 209.

ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว เพราะมาตรา 20 มีเจตนารมณ์ให้อัยการสูงสุดรับผิดชอบ เพราะต้องประสานงานเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน”⁸

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า “อันที่จริงการให้อัยการสูงสุดเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบความผิดที่กระทำลงนอกราชอาณาจักร (ไม่ว่าจะเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง มาตรา 5 มาตรา 6 หรือกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9 ก็ตาม) ก็น่าจะเหมาะสม เพราะเป็นกรณีที่คาบเกี่ยวกับต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุดคงมีความพร้อมมากกว่า ที่จะรับผิดชอบการสอบสวนในคดีเช่นนี้...”⁹

ร้อยตำรวจโท ดร.อุทัย อาทิวะ อัยการพิเศษฝ่ายสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย เห็นว่า “ทั้งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2679/2559 และ 3118/2559 ยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของสำนวนการสอบสวนในกรณีความผิดซึ่งมิใช่ตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไม่ว่าจะเป็นกรณีที่การสอบสวนได้กระทำโดยอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 หรือพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจหรือผู้รับผิดชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19 ก็ตาม เป็นการอุดช่องว่างในการที่จำเลยจะหยิบยกเรื่องอำนาจสอบสวนของผู้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดี เพื่อให้ศาลพิพากษายกฟ้องได้ การยกฟ้องในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องวิธีสบัญญัติ มิใช่การพิจารณาในเนื้อหาของความผิดอันเป็นเป้าประสงค์ของหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญาแต่ประการใด”¹⁰

อาจารย์สมชัย ชีมาอุตมากร ผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา หมายเหตุ ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ฉบับนี้ว่า “...คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559 นี้วินิจฉัยแย้งกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3118/2559...ว่า เมื่อเหตุเกิดที่ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นหลายท้องที่ที่เกี่ยวพันกัน จึงเป็นความผิดซึ่งมิใช่ตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรอยู่ในบังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

⁸ คณิง ภาชัย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน, 2561), หน้า 110-111.

⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 512.

¹⁰ อุทัย อาทิวะ, เรื่องเดิม, หน้า 310.

ความอาญา มาตรา 20 ด้วย แสดงว่าศาลฎีกาในคดีนี้ไม่ถือตามฎีกาที่ 2679/2559 และ 3118/2559 ดังกล่าวแล้ว”¹¹

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากอัยการสูงสุดมีหน้าที่ต้องประสานงานเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทางอาญาและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 และตามความเห็นของ ศาสตราจารย์หนึ่ง ฤกษ์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ และร้อยตำรวจโท ดร.อุทัย อาทิวะช ดังนั้นกรณีความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทยและนอกราชอาณาจักรไทยเกี่ยวพันกันควร จะตีความว่าเป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ซึ่งอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็น พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เพื่อให้ประสานงานเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในทาง อาญาและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนบรรลุผล

การที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6552/2559 วินิจฉัยว่า กรณีความผิดเกิดที่ประเทศไทยและ ประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวพันกัน จึงเป็นความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยที่ได้กระทำลงนอกราชอาณาจักร จึงเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติให้อัยการ สูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่นั้นให้พนักงาน อัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้จึงเป็นการวินิจฉัยที่ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 และเป็นการกลับ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2526, 2679/2559 และ 3118/2559 แล้วตามที่อาจารย์สมชัย ธีฆาอุตุมกร หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แล้ว

¹¹เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2559 ตอนที่ 12, บรรณาธิการโดย นายสมชัย ธีฆาอุตุมกร และผู้ช่วยบรรณาธิการ โดย นายประเสริฐ เสียงสุทวิวงศ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา-กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), หน้า 3379-3381.

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีใน
ขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วน
จำกัด พลสยามพรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2553.
- คณิง ภาชัย. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-
วิญญูชน, 2561.
- เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2559 ตอนที่ 12. บรรณาธิการโดย นายสมชัย
จิมาอุตมากร และผู้ช่วยบรรณาธิการโดย นายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์. กรุงเทพมหานคร:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560.
- “พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535.” ราชกิจจานุเบกษา
เล่ม 109 ตอนที่ 40 (7 เมษายน 2535): 27.
- “พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2551.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 32 ก
(11 กุมภาพันธ์ 2551): 36.
- ศาลฎีกา. ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online]. Available
URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2562 (กุมภาพันธ์, 15).
- อรรถพล ใหญ่สว่าง. คำอธิบายวิชา สัมมนากฎหมายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.
พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.
- อุทัย อาทิวา. การสอบสวน. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พรินต์ติ้ง, 2562.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
ศาลรัฐธรรมนูญ
10. รองศาสตราจารย์ทักษมัย ทองอุไร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรณัชชากุล
สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล
มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายนัทธี จิตสว่าง
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์
ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์
ศาลยุติธรรม
16. นายประกาศ คงเอียด
กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสียงสุทวิวงศ์
ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ
Baker & McKenzie Ltd.
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี
นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ
กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวุฒิ ทวาทสิน
ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ
ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- | | |
|---|------------------------------------|
| 29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง | Weerawon, Chinnaval & Partner Ltd. |
| 30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 32. นายสมชัย ทัฬหายุทธมากร | ศาลยุติธรรม |
| 33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 36. ดร.สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร | นักวิชาการอิสระ |
| 37. นายสราวุธ เบญจกุล | ศาลยุติธรรม |
| 38. นายสอนชัย สิริวิทยกุล | ศาลยุติธรรม |
| 39. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 40. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 41. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ | มหาวิทยาลัยขอนแก่น |
| 42. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์ | กรมสรรพากร |

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค | ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรณียพัฒน์พงศ์ | นักวิชาการอิสระ |
| 5. นายสงวน ตีเยะไพบูลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|---|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|---|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณค์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรระ ลิ้มปัสระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

- | | |
|---|-------------------------------------|
| 5. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฐากร ศิริยุทธ์วัฒนา | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย พิษณุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 Email: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าหน้ากระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อบทความ** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย

2. **ชื่อผู้นิพนธ์** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ

3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป

4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ

5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป

6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่ พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.

- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์/ชื่อสถาบัน/ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย/ชื่อรายงานวิจัย/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)/สัมภาษณ์/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ/“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง./บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ/“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ/“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วัน เดือน ปี./เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วัน เดือน ปี./เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์/“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์/ชื่อสถาบัน/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย/ชื่อรายงานวิจัย/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน/“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)/สัมภาษณ์/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย/“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)/สถานที่/วัน เดือน ปี.

- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน/ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]/ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 1201 อาคาร 1 ชั้น 2 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่ตรวจสอบและพิจารณาคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการต้องมีการตรวจสอบการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยใช้โปรแกรมที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในแวดวงวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 การปฏิเสธการตีพิมพ์บทความโดยบรรณาธิการจะต้องไม่ได้มาจากเหตุจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจ และต้องให้โอกาสแก่ผู้นิพนธ์ หาหลักฐานมาพิสูจน์ข้อสงสัยนั้นๆ เสียก่อน

1.5 บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ

1.6 บรรณาธิการต้องตัดสินใจคัดเลือกบทความตีพิมพ์หลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องไม่ตีพิมพ์บทความที่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่นมาแล้ว

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น ต้องเป็นผลงานใหม่และไม่ได้อยู่ระหว่างการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์

2.2 หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตนผู้นิพนธ์ต้องแสดงการอ้างอิงผลงานนั้นให้ปรากฏในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ที่มีชื่อปรากฏในบทความทุกคน จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยปราศจากการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 หากเป็นบทความวิจัยผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัย

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความตระหนักว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่ทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยปราศจากความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความ

3.3 ผู้ประเมินบทความต้องระบุผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความที่กำลังประเมิน แต่ผู้นิพนธ์ไม่ได้อ้างถึงเข้าไปในการประเมินบทความด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ